

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

RAILTON COSTA CARVALHO

CLÁUSULA PENAL: NATUREZA E FUNÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO

CURITIBA

2018

RAILTON COSTA CARVALHO

CLÁUSULA PENAL: NATUREZA E FUNÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Sociais da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk.

CURITIBA

2018

C331c

Carvalho, Railton Costa

Cláusula penal: natureza e função no ordenamento jurídico brasileiro / Railton Costa Carvalho; orientador: Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk. – Curitiba, 2018.
106 p.

Bibliografia: p. 102-106.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2018.

1. Cláusulas (Direito). 2. Direito civil. 3. Obrigações (Direito). I. Ruzyk, Carlos Eduardo Pianovski. II. Título.

CDU 347.42

**Catalogação na publicação - Universidade Federal do Paraná
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas
Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior - CRB 9/1626**

Ata da reunião da Comissão Julgadora da Dissertação apresentada pelo mestrando **Railton Costa Carvalho**, realizada no dia quinze de março de dois mil e dezoito, às quatorze horas.

No dia quinze de março do ano de dois mil e dezoito, às quatorze horas, nas dependências do Programa de Pós-graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da UFPR – 3.º andar, em sessão pública, reuniu-se a Comissão Julgadora da Dissertação apresentada pelo mestrando **Railton Costa Carvalho**, sob o título **“Cláusula Penal: natureza e função no ordenamento jurídico brasileiro”**. Comissão esta constituída pelos Professores Doutores Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk (Orientador-Presidente/UFPR), Paulo Roberto Ribeiro Nalin (UFPR) e Frederico Eduardo Zenedin Glitz (Unicritiba) respectivos Membros, nos termos da decisão do Colegiado deste Programa. Abrindo a sessão, declarou o Senhor Presidente que o exame inicia-se com a exposição sumária pelo mestrando, no prazo máximo de sessenta minutos, sobre o conteúdo de sua Dissertação, em seguida cada examinador arguirá o mestrando, no prazo máximo de trinta minutos, devendo a arguição ser respondida em igual prazo ou sessenta minutos quando haja diálogo na argumentação. Assim sendo, após a exposição oral, o mestrando foi arguido sucessivamente pelos Professores Doutores Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, Paulo Roberto Ribeiro Nalin e Frederico Eduardo Zenedin Glitz. Em seguida, o Senhor Presidente suspendeu a sessão por dez minutos, passando a Comissão Julgadora, em sessão reservada, ao julgamento da Dissertação, atribuindo cada examinador a sua nota de zero a dez (equivalente de D a A). Reabrindo a sessão, foi, pelo Senhor Presidente, anunciado o resultado do julgamento, declarando ter sido aprovada a Dissertação, por unanimidade de votos, sendo-lhe atribuídas as seguintes notas: Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, 9,00 (nove inteiros), Paulo Roberto Ribeiro Nalin, 9,00 (nove inteiros), Frederico Eduardo Zenedin Glitz, 9,00 (nove inteiros), resultando a média 9,00 (nove inteiros), equivalente ao conceito A. A seguir, emitiu a Comissão seu Parecer em separado, sendo a sessão encerrada pelo Senhor Presidente, o qual agradeceu a presença de todos. Do que para constar, eu, Vanessa Sayuri Umebala Hoshina, Secretária Administração, lavrei a presente ata que segue assinada pelos Senhores Membros da Comissão Julgadora.



PARECER

A Comissão Julgadora da Dissertação apresentada pelo mestrando **Railton Costa Carvalho**, sob o título “**Cláusula Penal: natureza e função no ordenamento jurídico brasileiro**”, após arguir o candidato e ouvir suas respostas e esclarecimentos, deliberou aprová-lo por unanimidade de votos, com base nas seguintes notas atribuídas pelos Membros:


Prof. Dr. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk - 9,00 (nove inteiros)


Prof. Dr. Paulo Roberto Ribeiro Nalin - 9,00 (nove inteiros)


Prof. Dr. Frederico Eduardo Zenedin Glitz - 9,00 (nove inteiros)

Em face da aprovação, deliberou, ainda, a Comissão Julgadora, na forma regimental, opinar pela **concessão do título de Mestre em Direito ao candidato Railton Costa Carvalho**.

A Comissão Julgadora, do mesmo modo, delibera recomendar ao Colegiado do Programa a dispensa de vinte e três créditos em favor do candidato por ocasião do Doutorado.

É o parecer.

Curitiba, 15 de março de 2018.



*A minha família, com todo
meu amor e respeito.*

AGRADECIMENTOS

A conclusão da pós-graduação *stricto sensu* do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná traz a mente dois pensamentos indissociáveis: o primeiro referente aos obstáculos vencidos até a apresentação do estudo que adiante será apresentado e desenvolvido; a verificação de que o caminho apenas continua e de que, a percepção da chegada apenas reflete a imagem do perpétuo início.

Todavia, tanto para um quanto para o outro pensamento, uma intersecção se erige e faz com que esse agradecimento se torne ainda mais especial: a constatação de que sem o auxílio, atenção carinho e benevolência de outras pessoas nós não conseguiríamos sequer iniciar a trajetória que hoje nos pomos a rememorar.

Nesse sentido, não poderia começar sem agradecer inicialmente a Deus. Minha religiosidade, substrato da minha fé e crença, nunca me deixaram desistir dos meus sonhos e posso atestar com firmeza que nos momentos mais difíceis, foi a mão de Deus que eu senti me puxando para que eu pudesse dar mais um passo à guisa dos meus objetivos.

E esse sentimento se expressa já nos primórdios da minha vida, quando tive a honra e alegria de ser encaminhado aos cuidados de meus Pais, Auridéa e Roberval, trabalhadores brasileiros que mesmo diante de todas as dificuldades pelas quais passamos nesses 30 (trinta) anos de convivência e amor, nunca deixaram de me fazer sonhar e de me ajudar a realizar os meus sonhos. Dito de outra forma, sem Deus e sem os meus Pais, eu certamente não teria tido a oportunidade que hoje desfruto e que mudou a minha vida.

Nada obstante, outra pessoa sem a qual eu não teria condições de lutar e de perseguir com ainda mais afinco os meus sonhos é a minha linda e amada esposa, Larissa. Nos momentos mais sombrios e difíceis da minha vida ela não só esteve comigo, mas se prostrou ao meu lado no exemplo de esperança, lealdade e companheirismo, sempre demonstrando que dias melhores viriam e que ninguém, absolutamente ninguém poderia dizer o que eu sou capaz ou não de fazer. Não sei o que seria da minha vida sem esse anjo que Deus me concedeu a honra de

compartilhar a vida, mas posso dizer desde já que a vida com ela é maravilhosa e esse agradecimento é por demasiadamente ínfimo frente a tudo o que a minha companheira fez e faz por mim.

Fora do meu núcleo familiar, mas compondo a minha grande família, não posso deixar de referenciar os amigos Felipe Frank e Rafael Corrêa, notórios acadêmicos que me influenciaram, motivaram e acreditaram no meu potencial para conquistar uma vaga no melhor programa de pós-graduação do Brasil. Não tenho dúvidas que sem a presença e estímulo de vocês essa caminhada sequer teria sido iniciada, tendo em vista as limitações que eu sempre introduzi na minha vida e que vocês, com muita atenção, tiveram a gentileza de retirar. Muito obrigado!

Outrossim, também é fundamental um especial agradecimento ao meu orientador, Professor Doutor Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, distinto professor e advogado que sempre me motivou e que convenceu pelo exemplo a desistir de desistir e que com muita paciência relevou os meus atrasos e imperfeições, humanizando nossa relação e me incentivando a sempre buscar o meu melhor. Este agradecimento, Professor, é muito pouco ante tudo o que o doutor significa para mim, mas já se presta a ao menos destacar a imensidão de respeito e de carinho que nutro por pelo Professor.

Por fim, agradeço imensamente a Universidade Federal do Paraná pela maravilhosa oportunidade de perfilhar as suas fileiras acadêmicas. A experiência como mestrando foi incrível, tanto no que se refere à qualidade das aulas ministradas pelos docentes do programa, quanto pela estrutura ofertada pela universidade aos seus discentes. Sou muito grato e espero retribuir em décuplo a oportunidade que a Universidade muito gentilmente me ofereceu.

“Esperar e ter esperança”

(Alexandre Dumas, 1870)

RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo verificar os limites e possibilidades da cláusula penal no ordenamento jurídico brasileiro. Essa análise busca precisar a natureza jurídica da cláusula penal diante do disposto nos artigos 408 a 416 do Código Civil brasileiro, expondo, nesse sentido, as principais pesquisas realizadas em relação ao estudo. Ao final da investigação, busca-se concluir pelo melhor perfil que informa a figura, expondo as razões pelas quais se pode interpretar de determinada maneira cláusula penal no Brasil.

Palavras-chave: Cláusula Penal. Limites e Possibilidades.

ABSTRACT

The present research aims to verify the limits and possibilities of the criminal clause in the Brazilian legal system. This analysis seeks to clarify the legal nature of the criminal clause in the light of articles 408 to 416 of the Brazilian Civil Code, this exposing the main research carried out in relation to the study. At the end of the investigation, it is sought to conclude by the best profile that the institute informs, explaining the reasons for which one can interpret in a certain way penal clause in Brazil.

Key-words: Penalty Clause. Limits and Possibilities.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1.A INSUFICIÊNCIA DO MODELO LEGISLADO FRENTE À REALIDADE CONTRATUAL CONTEMPORÂNEA: A ARQUITETURA DA CLÁUSULA PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	7
1.1 A investigação acerca da construção doutrinária da cláusula penal no Brasil: a identificação dos modelos unitário e misto na interpretação da figura jurídica no ordenamento jurídico brasileiro.....	10
1.2 Consequências materiais decorrentes da incidência do modelo unitário ou dualista da cláusula penal: do desprestígio à autonomia privada na resolução dos conflitos decorrentes do descumprimento contratual.....	22
CAPÍTULO 2.A IMPORTÂNCIA DO DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES PARA A COMPREENSÃO DA CLÁUSULA PENAL: PREMISSAS PARA O FORTALECIMENTO DE UMA INTERPRETAÇÃO FUNCIONAL DA CLÁUSULA PENAL NO BRASIL.	32
2.1 Correlação entre as modalidades de inadimplemento e as espécies de cláusula penal no ordenamento jurídico brasileiro.	36
2.2 O inadimplemento do contrato em uma perspectiva funcional: a correlação entre o inadimplemento contratual e a cláusula penal no Brasil.	42
CAPÍTULO 3. DO SIGNIFICATIVO PAPEL EXERCIDO PELA FUNÇÃO DA CLÁUSULA PENAL EM SUA RESSIGNIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA: DA SUPERAÇÃO DO MODELO HISTÓRICO PARA A CONSAGRAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO TÓPICO-SISTEMÁTICA.	51
3.1 A superação da controversa discussão entre unitaristas e dualistas: a cláusula penal interpretada a partir da sua função.	54
3.2 A proposta de António Pinto Monteiro para a releitura da cláusula penal...	61
CAPÍTULO 4.NATUREZA E FUNÇÃO DA CLÁUSULA PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: DOS LIMITES E POSSIBILIDADES PARA COMPREENSÃO DA FIGURA JURÍDICA NO BRASIL.	71

4.1 A função exclusivamente indenizatória exercida pela cláusula penal: considerações acerca da tese desenvolvida por Otavio Luiz Rodrigues Junior. ..	75
4.2 A função dual exercida pela cláusula penal no ordenamento jurídico brasileiro: ponderações de Nelson Rosenvald acerca da figura jurídica.....	85
CONCLUSÃO	97
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	102

INTRODUÇÃO

O presente estudo busca analisar a natureza jurídica e a função da cláusula penal no ordenamento jurídico brasileiro, além de determinar, frente à complexa realidade contratual contemporânea, os limites e as possibilidades interpretativas que a figura jurídica pode engendrar, contribuindo, desta maneira, para uma mais completa compreensão da matéria e para uma nova releitura da figura jurídica à dogmática brasileira.

Partindo do pressuposto de que os contratos são celebrados visando ao adimplemento, tem-se que a cláusula penal seria um mecanismo de auxílio ao adimplemento contratual. Todavia, cumpre indagar se sua configuração atual realça essa característica ou, inversamente, o cenário legislativo brasileiro acabou por suprimi-la.

Frente a essa indagação, a análise aqui proposta busca questionar paradigmas e, diante da disciplina contratual inaugurada pelo Código Civil de 2002, busca também socializar e robustecer o contrato e sua finalidade última, que é o adimplemento, ressaltando a relevância da cláusula penal no direito obrigacional brasileiro.

A incidência dos princípios norteadores do direito civil brasileiro para a releitura da cláusula penal no Brasil é indiscutivelmente valiosa, tendo em vista que permitem sua readequação a um novo contexto fático e, desta maneira, o intercâmbio promovido entre a sua finalidade e os valores e objetivos pretendidos pela sociedade devem dialogar a fim de que o programa contratual seja levado a efeito, satisfazendo não apenas os contratantes, mas todos aqueles que direta ou indiretamente são afetados pelo contrato.

Nesse sentido, a presente investigação buscará esclarecer o posicionamento doutrinário brasileiro acerca da natureza jurídica da cláusula penal, identificando os seus pressupostos e destacando suas consequências práticas. Essa análise é importante para que seja estabelecido o ponto de partida para uma possível releitura da figura jurídica, devidamente remodelada pelos princípios

norteadores do Direito Civil brasileiro estabelecidos tanto na Constituição Federal quanto no Código Civil em vigor.

Partindo da longa discussão acerca da natureza jurídica da cláusula penal no ordenamento jurídico brasileiro, que acabou segregando os partidários da visão unitarista, investigar-se-á a doutrina que considera que a cláusula penal possui natureza estritamente compulsória, bem como a doutrina que, de outro lado, entende que sua compleição é exclusivamente compensatória.

No esforço de sistematizar esses antagonismos, buscar-se-á aporte na doutrina que passou a sustentar a natureza mista da cláusula penal, sendo ela, portanto, não apenas compulsória ou compensatória, mas um instituto de natureza híbrida, que contempla ambas as perspectivas .

Contudo, nada obstante essa solução intermediária, questiona-se aqui acerca da predominância de uma característica sobre a outra. Isto é, nada obstante a cláusula penal possua natureza mista, questiona-se se, em determinados casos, um aspecto de sua natureza poderia prevalecer sobre o outro.

Assim, poderia haver hipóteses em que o caráter sancionatório seria subsidiário, tendo a disposição contratual o fito exclusivo de pré-determinar o valor da indenização, bem como hipóteses em que o caráter sancionatório prevaleceria frente ao compensatório, destacando-se que a indenização seria apenas o resultado ao temor produzido pela cláusula penal, que teria como objetivo forçar o devedor ao adimplemento.

Vale destacar que na presente pesquisa a discussão acerca da natureza jurídica da cláusula penal não será observada *a priori*, isto é, como algo intrínseco e inerente à figura jurídica, mas como algo que se desvela a partir da leitura do contrato em dado contexto, a partir da observação dos objetivos almejados pelas partes para o estabelecimento, desenvolvimento e conclusão de uma determinada relação jurídica.

Assim, o itinerário da pesquisa levará a cabo o confronto de ideias que envolvem a essa longa discussão e, por conseguinte, a sua função enquanto figura jurídica do direito obrigacional, buscando, assim, responder às questões que

diuturnamente se apresentam ao intérprete do Direito na resolução de conflitos decorrentes do descumprimento contratual.

Desta maneira, saber se a cláusula penal possui apenas uma única função ou se, ao invés, a sua conformação traria ínsita uma dualidade funcional é um dos pontos enfrentados pelo presente estudo. A resposta a essa e às outras indagações que serão realizadas no decorrer da pesquisa, contudo, dependem da correta compreensão da controvérsia havida entre unitaristas e dualistas acerca da natureza jurídica da cláusula penal.

Ressalte-se, por oportuno, que a pesquisa não possui a intenção de mergulhar na história e reviver o passado. O objetivo é tão somente encontrar o aporte doutrinário necessário para analisar as repercussões contemporâneas das influências romana, francesa e alemã sobre a cláusula penal. Isto porque, para cada uma dessas influências haverá uma conformação da cláusula penal em um determinado sentido, sendo importante o conhecimento acerca da construção levada a efeito no passado para a verificação de sua conformação na atualidade.

Busca-se, assim, a partir da projeção do direito romano à contemporaneidade correlacionar a cláusula penal com a *stipulatio poenae* e compreender o seu caráter sancionatório ao inadimplemento; busca-se observar a cláusula penal tal qual estabelecida no *Code* de 1804 e compreender que ela dirigirá o intérprete à compreensão da natureza indenizatória da cláusula penal naquela determinada ambiência; busca-se, por fim, correlacionar a influência germânica da reforma do BGB com o estabelecimento de uma função estritamente compulsória da cláusula penal, que conduz o intérprete a refletir sobre os limites e possibilidades da figura jurídica.

Deste modo, no primeiro capítulo deste trabalho será analisado o conceito de cláusula penal desenvolvido pela doutrina brasileira à luz do Código Civil de 1916, perpassando o posicionamento de vários autores com o fito de se estabelecer a base sob a qual se edificou a cláusula penal no Brasil. Esse percurso é importante para a compreensão das alterações pelas qual passou a figura jurídica com o Código Civil de 2002, bem como é importante para a visualização de como essas alterações impactaram ou podem impactar na interpretação contemporânea da cláusula penal no Brasil.

A análise de decisões judiciais sobre a figura jurídica, nesse ponto, será de grande valia para a designação da atual compreensão da cláusula penal no Brasil. Isso porque a verificação dos argumentos dos magistrados demonstrará a influência da doutrina sobre a jurisprudência e, nesse sentido, revelará as possibilidades de provocação do seu *status quo* para a discussão a respeito da releitura funcionalizada da figura jurídica em questão.

Esse percurso é importante porque se se demonstrar a insuficiência do modelo legislado de cláusula penal diante da realidade contratual brasileira, poder-se-á reforçar o posicionamento de uma nova concepção acerca da natureza e função da cláusula penal no ordenamento jurídico brasileiro é necessária.

Evidenciada tal necessidade, a pesquisa apresentará em seu segundo capítulo, as modalidades de descumprimento contratual e a sua correlação com as espécies clássicas de cláusula penal previstas no ordenamento jurídico brasileiro. A análise das modalidades de descumprimento torna-se relevante diante da influência dos princípios da autonomia privada, boa-fé objetiva e função social do contrato, que da mesma forma que influenciam o descumprimento, também exercerão incontestável ingerência sobre os limites e nas possibilidades da cláusula penal no Brasil.

Nesta senda, a compreensão das hipóteses de onerosidade excessiva, violação positiva do contrato e inadimplemento antecipado são pontos obrigatórios para o desenvolvimento da pesquisa, sendo necessário a sua correlação com a cláusula penal para a constatação das consequências práticas advindas da conexão entre esses institutos.

Observe-se, ademais, que essas novas teorias acerca do inadimplemento serão utilizadas. Quando se fala de cláusula penal, como teses defensivas ou como argumentos para a incidência da figura jurídica ao caso concreto, o conhecimento em relação a cada um de seus pontos não é apenas importante para a visualização das suas consequências jurídicas, mas, além disso, para a percepção de que é possível – se não necessária – uma interpretação funcionalizada da figura jurídica.

Demonstrada a conexão entre as modalidades de descumprimento e as espécies de cláusula penal, bem como estabelecida a importância dessa correlação

para a releitura da cláusula penal no Brasil, a presente pesquisa se encaminhará em seu terceiro capítulo a enunciação da transformação da leitura histórica para a leitura tópico-sistemática da cláusula penal.

O objetivo de tal proposta é reinserir o princípio da autonomia privada no cerne da definição acerca do conteúdo e da função da cláusula penal em um determinado negócio jurídico, sem, contudo, excluir o necessário diálogo com os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, de modo a fortalecer as possibilidades interpretativas da cláusula penal no ordenamento jurídico brasileiro.

Trata-se, portanto, de analisar como é necessária a superação dos modelos unitário ou dualista em favor de um modelo funcional de cláusula penal, estabelecido pela autonomia privada em consonância com os princípios da função social e da boa-fé objetiva, realizando, ao fim e ao cabo, o programa contratual previsto e desejado pelas partes e contribuindo, ademais, para garantia e segurança do negócio formalizado livremente pelos contratantes.

Essa configuração conduz a pesquisa para o seu quarto e último capítulo, que se destina a discutir a natureza jurídica da cláusula penal no Brasil, bem como busca reforçar os limites e as possibilidades da figura jurídica no ordenamento jurídico brasileiro e no programa contratual estabelecido pelas partes de um determinado negócio.

Nessa perspectiva, a análise que será levada a efeito estabelecerá um liame entre a cláusula penal e as suas regras cogentes definidas entre os artigos 408 e 416 do Código Civil brasileiro, buscando, assim, demonstrar que a limitação operada pela lei não pode influenciar a natureza jurídica da cláusula penal, mas, apenas e tão somente, limitar os seus efeitos.

Destarte, o objetivo do capítulo é realizar uma leitura constitucionalizada da cláusula penal diante da realidade das partes.

Trata-se de redirecionar a discussão acerca da natureza una ou dual da cláusula penal para uma natureza funcional da figura jurídica, vertida para a realização do projeto contratual espontaneamente estabelecido entre as partes e funcionalizado de acordo com os princípios norteadores do direito civil brasileiro.

Com isso, entende-se que o presente estudo contribuirá para a superação da longa e infrutífera discussão acerca da natureza jurídica da cláusula penal, permitindo, assim, a defesa de que cabe precipuamente aos contratantes gerir os seus negócios e prever as consequências de determinado inadimplemento contratual.

É sob essa órbita, portanto, que a presente pesquisa será desenvolvida, partindo do viés tradicional ao contemporâneo para ressignificar a interpretação corrente acerca da cláusula penal no Brasil, passando da interpretação estrutural à interpretação funcional da figura jurídica, de acordo com os limites impostos pelo sistema.

CAPÍTULO 1. A INSUFICIÊNCIA DO MODELO LEGISLADO FRENTE À REALIDADE CONTRATUAL CONTEMPORÂNEA: A ARQUITETURA DA CLÁUSULA PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A natureza jurídica da cláusula penal está plasmada na interpretação doutrinária dos artigos 408 a 416 do Código Civil brasileiro, tendo a doutrina majoritária identificado no Brasil a natureza mista da figura jurídica.

Ocorre, entretanto, que o modelo legislativo sobre o qual se edificou a cláusula penal no Brasil não pode servir de apoio para a definição estrita da sua natureza jurídica. Isto porque, em que pese às disposições que informam a cláusula penal no Brasil demarquem um limite quanto a sua incidência, essa configuração não impede a existência de um caráter funcional da figura jurídica, muito pelo contrário.

A cláusula penal possui uma clara função: assegurar o escoreito adimplemento da obrigação contratualmente estabelecida entre as partes. Essa função de garantia pode ser estabelecida no sentido de predeterminar o montante devido a título indenizatório para a hipótese de inadimplemento culposo ou estabelecer uma quantia que será acrescida à prestação, cobrada cumulativamente com a obrigação principal.

Essa função auxiliar do adimplemento não equivale àquelas garantias reais ou fidejussórias, nem tampouco àquelas disciplinadas pela lei processual civil. O propósito de garantia oferecida pela cláusula penal seria exclusivamente contratual, no sentido de ofertar aos contratantes a segurança e previsibilidade acerca das consequências advindas do inadimplemento contratual.

Desta maneira, as limitações contidas entre os artigos 408 a 416 do Código Civil não possuem o condão de determinar a natureza jurídica da cláusula penal, mas servem, apenas e tão somente, para demonstrar que uma cláusula penal não pode ser estabelecida ilimitadamente, ao livre arbítrio das partes.

Nesse sentido, as limitações à figura jurídica previstas no Código Civil devem ser interpretadas à luz dos princípios da função social do contrato e da vedação ao enriquecimento sem causa, de maneira a garantir que o adimplemento se dê na forma, no tempo e do modo previsto no contrato, fazendo com que a obrigação nasça e se encerre de acordo com o programa contratual.

Desta forma, a análise da doutrina produzida acerca da figura jurídica ganha primazia, uma vez que se torna importante cotejar o posicionamento clássico acerca da cláusula penal com a interpretação funcionalizada contemporânea da figura jurídica, perquirindo as razões pelas quais a doutrina se dividiu em unitarista ou dualista e demonstrando que essa divisão, quando analisada a função da cláusula penal, é infrutífera.

O propósito do capítulo, portanto, está na identificação da interpretação levada a efeito pela doutrina em relação à natureza jurídica da cláusula penal e da identificação de como essa interpretação influenciou o posicionamento judicial em relação as controvérsias postas sob decisão judiciária sobre o assunto.

A primeira subseção abordará a doutrina clássica da cláusula penal no Brasil, identificando os modelos unitário e misto da figura jurídica realizada por diversos autores para demonstrar os pressupostos sobre os quais se edificaram as referidas construções.

Essa etapa da pesquisa é importante para se estabelecer a possibilidade de renovação da interpretação da cláusula penal no Brasil, questionando os pressupostos outrora estabelecidos frente à funcionalização da figura jurídica operado por uma nova forma de interpretá-lo, considerando não apenas o texto legislado, mas o objetivo estabelecido pelas partes quando da inserção da cláusula pena num determinado negócio jurídico.

Nesse sentido, observar se a autonomia privada era considerada pela doutrina clássica para a compreensão da cláusula penal será um dos objetivos da primeira subseção, que também objetivará demonstrar que a natureza híbrida da cláusula penal constitui uma incongruência insanável e que a visão unitarista informa uma redução sem fundamento da figura jurídica considerando a atual conformação legal da matéria operacionalizada pelo Código.

Nada obstante, na segunda subseção serão analisadas as consequências jurídicas advindas de uma interpretação estritamente estrutural da cláusula penal, levando em consideração o afastamento da autonomia privada para a compreensão da figura jurídica e a inflexibilidade (e os resultados que essa inflexibilidade ocasionam) da orientação judicial acerca da natureza jurídica da cláusula penal.

Com isso, busca-se demonstrar que houve uma reviravolta na interpretação corrente acerca da cláusula penal no ordenamento jurídico brasileiro, a qual está mais adstrita a uma ressignificação doutrinária e jurisprudencial sobre o assunto do que dependente de uma intervenção legislativa.

Nesse sentido, a impossibilidade de reanálise de fatos e cláusulas contratuais pelo Superior Tribunal de Justiça (impostas pelas súmulas 5 e 7 da Corte) imporá um mais acurado aprofundamento acerca da temática pelos Tribunais Estaduais, sendo importante, entretanto, que o Superior Tribunal de Justiça enuncie uma compreensão funcionalizada acerca da natureza jurídica da cláusula penal, prevendo a possibilidade da inserção de uma cláusula com feição exclusivamente indenizatória ou compensatória, cabendo aos Tribunais Estaduais à identificação da possibilidade ao caso concreto.

Essa interpretação infraconstitucional a ser realizada pelo Superior Tribunal de Justiça se revelará de suma importância, tendo em vista que hodiernamente o posicionamento do Tribunal está no sentido de que a cláusula penal possui natureza indenizatória, servindo de pré-estimativa de perdas e danos para o caso de inadimplemento contratual.

Consoante será adiante apresentando, essa interpretação se mostra injustificadamente redutivista, uma vez que insere limitação contratual sem respaldo em lei e em desacordo com os princípios norteadores do direito obrigacional e contratual brasileiro, merecendo, portanto, uma reanálise quanto à matéria.

1.1 A investigação acerca da construção doutrinária da cláusula penal no Brasil: a identificação dos modelos unitário e misto na interpretação da figura jurídica no ordenamento jurídico brasileiro.

O ponto de partida do itinerário proposto para o conhecimento e reflexão acerca da natureza e função da cláusula penal no ordenamento jurídico brasileiro se estabelece sobre investigação acerca do que a doutrina entende como cláusula penal, suas espécies e funções no direito obrigacional brasileiro. A análise acerca das ideias que permearam o assunto é de grande importância para o reconhecimento da atual cláusula penal, bem como para a compreensão acerca dos limites e possibilidades que a figura jurídica pode auferir.

A influência da experiência histórica acerca da construção da cláusula penal no tempo e no espaço é um dos signos que acabam por significar a cláusula penal na contemporaneidade, não sendo incomum encontrar referências diretas a essa experiência nos manuais de direito civil¹, muitas vezes utilizadas para embasar a opinião do autor sobre a natureza jurídica da figura jurídica e os seus efeitos na realidade contratual brasileira.

Nesse sentido, atribui-se ao direito romano a sistematização da cláusula penal como uma espécie de garantia ao adimplemento contratual mediante o estabelecimento da *stipulatio poenae*, que se constituía como uma espécie de negócio jurídico estabelecido entre as para determinar uma pena para a hipótese de descumprimento de uma determinada obrigação (*stipulatio*)².

A criação da *stipulatio poenae* obedecia a uma forma cerimonial, de rito oral, realizada mediante indagação feita pelo credor ao devedor sobre a promessa do cumprimento da obrigação (prometes dar-me cem? - *spondes mihi dare centum*; prometo - *spondeo*)³. O objetivo da *stipulatio poenae* romana, conforme destaca

¹ A título de exemplo podem ser citados: BEVILAQUA, Clóvis. Direito das obrigações. 5 ed. Editora Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 1940; DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007; PEREIRA, Caio Mário da Silva. Teoria geral das obrigações. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

² O meio por que o direito romano se estabelecia o que hoje designamos por pena convencional era a *stipulatio*. Esta última era um negócio jurídico destinado, essencialmente, a criar obrigações; ora, quando a *stipulatio* viesse constituir a obrigação de pagar uma pena, caso não fosse observado determinado comportamento, tratava-se da *stipulatio poenae* (MONTEIRO, António Pinto. Cláusula penal e indemnização. Coimbra: Almedina, 1990, p. 351).

³ A extraordinária importância da *stipulatio* é devidamente sublinhada pelos romanistas; mercê da sua simplicidade e abstração, permitia a constituição de um vínculo respeitante ao cumprimento de

OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR, seria a determinação de um valor em pecúnia para o caso de descumprimento da obrigação, que seria acrescido ao objeto da obrigação e cobrado pelo credor⁴.

O carácter exclusivamente sancionatório da *stipulatio poenae* romana é destacado por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO em virtude das inflexíveis características da figura jurídica, notadamente da (i) ausência de limites para a sua estipulação, (ii) não suscetibilidade de redução judicial – mesmo na hipótese de cumprimento parcial da obrigação –, e (iii) diante da possibilidade de indenização suplementar caso o montante da pena ficasse aquém o seu interesse lesado⁵.

A utilização da *stipulatio poenae* tal como construída pelos romanos teve o seu declínio a partir do momento em que a figura jurídica passou a ser utilizado como subterfúgio para o desvio ao dogma canónico da proibição da usura⁶. Nesse sentido, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO destaca que os “consideráveis entraves a vida económica que a proibição do juro acarretava, foram um incentivo à criação de processos engenhosos destinados a conseguir resultado vedado, mas sem incorrer na proibição da igreja”⁷ sendo um dos expedientes mais brilhantemente desenvolvidos para ludibriar a proibição secular seria a substituição da cláusula de juro pela aposição da *stipulatio poenae* romana⁸.

A estruturação da cláusula penal nesses termos tinha como finalidade promover o inadimplemento da obrigação no tempo e no espaço, de maneira com que a pena fosse devida e a remuneração pelo empréstimo do dinheiro fosse realizada coercitivamente pelo devedor, numa tentativa de transluzir o acatamento

qualquer prestação. (MONTEIRO, António Pinto. Cláusula penal e indemnização. Coimbra: Almedina, 1990, p. 352).

⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro. 2006. 418 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 25-29.

⁵ MONTEIRO, António Pinto. Cláusula penal e indemnização. Coimbra: Almedina, 1990, p. 361.

⁶ A razão fundamental por que teólogos e canonistas se ocuparam da cláusula penal ficou a dever-se ao facto de ela ser utilizada como expediente para iludir a proibição do empréstimo a juros. E foi ao procurarem combater a “usura”, sob todas as formas porque esta aparecia, directa ou dissimuladamente, que o direito canónico atribuiu à cláusula penal natureza indemnizatória (MONTEIRO, António Pinto. Cláusula penal e indemnização. Coimbra: Almedina, 1990, p. 371).

⁷ MONTEIRO, António Pinto. Cláusula penal e indemnização. Coimbra: Almedina, 1990, p. 372.

⁸ Um desses expedientes tentados pelos homens de negócios – quiçá o mais habilmente utilizado –, foi o de inserir no contrato de empréstimo, em vez de cláusula de juros, uma cláusula penal, obrigando-se o devedor a pagar determinado montante em caso de não restituição do capital na data do seu vencimento (MONTEIRO, António Pinto. Cláusula penal e indemnização. Coimbra: Almedina, 1990, p. 372).

aos dogmas⁹. Desvendada, entretanto, a artimanha¹⁰, e levando em consideração a impossibilidade de se suprimir a cláusula penal sem ofensa ao direito romano, a diretiva tomada pelos canonistas, embasados na leitura legalista da escola de Bolonha, foi a de proibir a estipulação de cláusulas penais fraudulentas, entendidas estas como as que se dignavam não a incutir no devedor o apreço pelo cumprimento da obrigação, mas a que disfarçava uma finalidade proibida pelos dogmas eclesiásticos¹¹.

Nesse sentido, a solução encontrada a resolução da referida questão foi a distinguir o interesse que o credor possui no adimplemento da obrigação, consubstanciado no proveito econômico advindo do adimplemento contratual, do interesse existente na realização do mútuo feneratício, que se materializava no acréscimo de uma determinada quantia paga pelo devedor ao credor pela realização do empréstimo¹².

⁹ O credor, através da cláusula penal, em vez de pretender assegurar o reembolso do capital emprestado, ou seja, o exacto cumprimento do contrato pretendia, ao invés, que o devedor violasse a convenção, a fim de receber, a título de pena, mais do que aquilo que emprestara. O embuste não tardaria a ser descoberto: o teólogo ROBERT DE COURÇON acabaria por denunciar que aquilo a que sofisticamente se chamava punição não passava, na maioria das vezes, de usura (MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 372).

¹⁰ Identificada a burla, tentaram os canonistas impedi-la. RAIMUNDO DE PENAFORTE propôs, inicialmente, um critério subjetivo: a cláusula penal desnaturar-se-ia em instrumento usurário se visasse ao inadimplemento, o que, na prática, implicaria uma intuição do intérprete do contrato. Ora, a intenção do mutuante era algo excessivamente intangível. Assim o próprio RAIMUNDO DE PENAFORTE irá recomendar um novo gradiente, dessa vez objetivo, fundado em presunções. Seriam usurárias as cláusulas estipuladas *in fraudem usurarum*, por quem fosse habitual mutuante feneratício, ou *per singulos menses vel anos*, hipótese habitual com pena distribuída no tempo. A suposta objetividade não existia. Permaneciam trêmulos os meios de aferição da natureza fraudulenta da cláusula penal. A Magna Glosa tornou ineficaz a primeira presunção, declarando-a inaplicável ao contrato de empréstimo. Quanto à presunção *per singulos menses vel anos*, simplesmente os mutuantes suprimiram a modalidade escalonada de multa convencional, tornando-a, na prática, improfícua (RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro*. 2006. 418 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 44).

¹¹ Apesar de não ter escapado à atenção dos teólogos e canonistas que se tratava de um processo fraudulento para conseguir o que era proibido, não podia vedar-se, pura e simplesmente, o emprego da cláusula penal. Embora fossem notórias as estreitas relações entre a *poena* e a usura, proibir a primeira seria ir contra o direito romano e contra certas disposições do Decreto de GRACIANO. Optou-se, por isso, pela proibição de cláusula penal só quando ela fosse *in fraudem usurarum apposita*. Esse seria o caso, sempre que a pena não se destinasse a incentivar o devedor a ser diligente, antes pretendesse o credor que o mutuário se encontrasse na impossibilidade de restituir o capital na data acordada, a fim de obter, através da cláusula penal, qualquer coisa *ultra sortem* (MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 373).

¹² A origem dessa doutrina remonta a um texto do direito romano, a lei *Socium* qui, que distingue os *usurae* do interesse. Os legistas da escola de Bolonha, especialmente AZO, estenderam o seu campo de aplicação, ensinando que o devedor, estando em mora, podia ser condenado a pagar ao credor, não propriamente *usurae* – ou seja, uma determinada percentagem, durante certo período de tempo –, antes interesse, cujo montante, a fixar pelo juiz, deveria ser igual ao interesse que o credor

Essa rotação realizada pelos canonistas acabou por afastar a natureza coercitiva da cláusula penal, deu origem à concepção indenizatória da cláusula penal, estabelecida com o objetivo de tutelar o interesse do credor no adimplemento da obrigação, indenizando-o na medida do seu interesse e de acordo com o resultado que seria obtido pelo adimplemento contratual. Essa concepção influenciou os autores do Code Civil de Napoleão, notadamente Robert Joseph Pothier – persuadido pela pesquisa de Dumoulin –¹³, tendo sido consagrada na referida codificação e influenciado outras nações.

Extremadas as teorias sancionatória e indenizatória em relação à natureza jurídica da cláusula penal, e considerando a sobreposição da teoria indenizatória acerca da natureza jurídica da cláusula penal, surge no cenário internacional à concepção eclética da figura jurídica, sustentando ser a cláusula penal um *mix* de indenização e compulsoriedade no âmbito do direito obrigacional. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO destaca nesse sentido que a construção da teoria eclética foi realizada como “reação contra a hegemonia da tese indenizatória, buscando salvaguardar a finalidade compulsória da cláusula penal e, ao mesmo tempo, conferir-lhe um lugar próprio, em sede de qualificação da figura”¹⁴.

Cumprido, porém, questionar como essa realidade foi apreendida pela doutrina nacional. Para o estabelecimento da resposta a essa questão, faz-se importante operar um novo giro, agora exclusivamente nacional, em relação à opinião doutrinária acerca da natureza e da função exercida pela cláusula penal no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, CLÓVIS BEVILÁQUA aduz que a “pena convencional tem por fito principal reforçar a necessidade moral de cumprir a obrigação”, sendo

teria tido em que o devedor não se colocasse em mora. Não se tratava, portanto, de o credor obter um benefício, antes de conseguir uma reparação. E foi assim que os canonistas, aproveitando a doutrina ensinada pelos legistas da Escola de Bolonha, passaram a acentuar que o interesse nada tem de comum com a usura: é que se o credor, de facto, ao reclamar interesse – ou seja, reparação –, e caso de não reembolso do empréstimo na data fixada, recebe uma soma que acresce ao capital, de direito, todavia, não poderá dizer-se que ele tenha recebido algo ultra sortem, visto que aquilo que recebe, por via do interesse, não constitui, juridicamente, um lucro, antes a reparação de um dano (MONTEIRO, António Pinto. Cláusula penal e indemnização. Coimbra: Almedina, 1990, p.374-375).

¹³ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro. 2006. 418 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 49-50.

¹⁴ MONTEIRO, António Pinto. Cláusula penal e indemnização. Coimbra: Almedina, 1990, p. 339.

estabelecida por dois caminhos: “ferindo a inexecução ou simplesmente a mora”¹⁵. A cláusula penal nesse sentido conformaria uma natureza exclusivamente sancionatória, notadamente porque visaria apenas compelir o devedor ao adimplemento, tendo o referido autor inclusive destacado que na hipótese de inadimplemento absoluto “se, nessa ocasião, ainda for exequível a obrigação, ao credor fica o direito de escolher entre a prestação principal e a cláusula penal”¹⁶, passagem que reforçaria ainda mais o referido caráter sancionatório.

Ocorre, entretanto, que mais adiante em suas considerações, CLÓVIS BEVILÁQUA atesta que a cláusula penal seria uma indenização por prejuízos possíveis, justificando com base nesse argumento a possibilidade de redução equitativa do valor da indenização prevista na cláusula penal¹⁷, de maneira que sobreleva considerar a filiação do autor à corrente eclética da cláusula penal, visualizada na sua dupla função.

Também adepto dessa concepção eclética acerca da natureza jurídica da cláusula penal no Brasil, PONTES DE MIRANDA destaca que “uma das funções mais prestantes da cláusula penal é assentar a indenizabilidade de danos caso de não ser pecuniária, ou ser de difícil avaliação a prestação prometida”¹⁸. Desta maneira, a cláusula penal exerceria uma dupla finalidade, caracterizadas na “função de pressão, a mais, sobre o devedor, e a de tornar supérflua a prova do dano e do seu importe”¹⁹.

O estabelecimento de uma cláusula penal na visão de PONTES DE MIRANDA, portanto, parte do pressuposto que a pena exercerá uma influência positiva para o adimplemento da obrigação. O autor inclusive aborda o estabelecimento da cláusula penal como um argumento a mais para a escolha do outro contratante, na medida em que se proposta pelo credor terá por finalidade o reforço o adimplemento da obrigação pelo devedor que deverá aceita-la para o

¹⁵ BEVILAQUA, Clóvis. Direito das obrigações. 5 ed. Editora Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 1940, p. 74.

¹⁶ BEVILAQUA, Clóvis. Direito das obrigações. 5 ed. Editora Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 1940, p. 74.

¹⁷ BEVILAQUA, Clóvis. Direito das obrigações. 5 ed. Editora Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 1940, p. 78

¹⁸ MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado: parte especial: tomo XXVI: direito das obrigações. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 145.

¹⁹ MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado: parte especial: tomo XXVI: direito das obrigações. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 148.

estabelecimento do negócio jurídico, ao passo que se proposta pelo devedor ao credor indicará a boa intenção no escorreito cumprimento do contrato²⁰.

A bifuncionalidade da cláusula penal é similarmente analisada por RUBENS LIMONGI FRANÇA, que ao realizar a classificação da cláusula penal destacou que o critério da função do referida figura jurídica seria o mais importante²¹. Segundo o referido autor, a função da cláusula penal seria a de punir o inadimplemento, compensar as perdas e danos advindas do ato ilícito e, por fim, teria a função de liberar o devedor da obrigação após o cumprimento.

A análise empreendida por ORLANDO GOMES, entretanto, antevê na cláusula penal uma função exclusivamente indenizatória, pois, segundo o autor, “a sua função é diminuir o montante da indenização que seria devida numa liquidação de perdas e danos, conforme as regras que a presidem”²², sendo também destacado pelo outro como outros argumentos para o afastamento do caráter sancionatório da cláusula penal, notadamente a possibilidade de redução da pena e a limitação ao montante da obrigação principal.

A taxatividade de ORLANDO GOMES quanto ao caráter indenizatório da cláusula penal está embasada no caráter accidental do efeito sancionatório da cláusula penal indicado por outros autores, sendo a figura jurídica, em verdade, “uma convenção sobre perdas e danos”²³. Segundo o autor, a cláusula penal “é o pacto acessório pelo qual as partes de um contrato fixam, de antemão, o valor das perdas e danos que por acaso se verifiquem em consequência da inexecução culposa da obrigação”²⁴.

O estudo da cláusula penal empreendido por CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA correlaciona-a com a teoria eclética de sua função, sendo que a “finalidade essencial da pena convencional é o reforçamento do vínculo obrigacional (...) a pré-liquidação do *id quod interst* aparece, então, como finalidade

²⁰ MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado: parte especial: tomo XXVI: direito das obrigações. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 145.

²¹ FRANÇA, R. Limongi. Teoria e prática da cláusula penal. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 126.

²² GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 190.

²³ GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 190.

²⁴ GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 190.

subsidiária”²⁵. Para o referido autor, a polêmica acerca da natureza jurídica teria sido reduzida pela concepção da teoria eclética, devendo ser entendida a cláusula penal como um mecanismo de proteção ao crédito²⁶.

Posição análoga é aquela assumida por SILVIO RODRIGUES, para quem há na figura jurídica uma interligação entre o caráter sancionatório e indenizatório, de maneira que a inserção da cláusula penal “oferece uma dupla vantagem para o credor, pois não só aumenta as possibilidades de adimplemento do contrato, como facilita o recebimento da indenização em caso de descumprimento do negócio”²⁷.

Em SÍLVIO DE SALVO VENOSA encontra-se posição semelhante, dispondo o autor que a cláusula penal possui duas faces: “de um lado, possui a finalidade de indenização prévia de perdas e danos, de outro, a de penalizar, punir o devedor moroso”²⁸, realizando, posteriormente a clássica divisão da cláusula penal compensatória e da cláusula penal moratória, no qual a primeira atuará como pré-fixação da indenização e a segunda como instrumento de intimidação do devedor ao adimplemento²⁹.

A seu turno, no magistério de MARIA HELENA DINIZ, a função da cláusula penal é definida como ambivalente, circunstância que enseja a subordinação da referida autora ao rol dos signatários da teoria eclética da cláusula penal.

Nas palavras da autora, a função ambivalente da cláusula penal “oferece, pois, dupla vantagem ao credor, por aumentar a possibilidade de cumprimento do contrato e por facilitar o pagamento da indenização das perdas e danos em caso de inadimplemento, poupando o trabalho de provar judicialmente o montante do prejuízo”³⁰.

²⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Teoria geral das obrigações. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 142.

²⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Teoria geral das obrigações. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 142.

²⁷ RODRIGUES, Silvio. Direito civil: parte geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 267.

²⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 345.

²⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 346-349.

³⁰ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 415.

Quanto às suas modalidades, a autora distingue a cláusula penal em compensatória e moratória, a primeira para o caso de inadimplemento absoluto e a segunda para a hipótese de inadimplemento relativo, seguindo a linha da teoria clássica.

Também para CARLOS ROBERTO GONÇALVES a cláusula penal teria uma dupla função, sendo a primeira a de compelir o devedor ao adimplemento, enquanto a segunda a de pré-fixar o montante a ser fixado a título de perdas e danos³¹, isto porque “com a estipulação da cláusula penal, expressam os contratantes a intenção de livrar-se dos incômodos da comprovação dos prejuízos e de sua liquidação”³². Filiado à doutrina clássica, o autor também identifica como modalidades da cláusula penal como compulsória e indenizatória³³.

Em capítulo dedicado ao tema, PAULO LÔBO visualiza uma tríplice função para a cláusula penal, indicando ser a figura jurídica uma junção de (i) pena convencional, (ii) prefixação da indenização e (iii) garantia da obrigação³⁴. Assim, segundo o autor, “a função da pena convencional pelo inadimplemento é exercida sem prejuízo da indenização por perdas e danos, porque o credor pode exigí-la sem qualquer alegação de prejuízo ou dano”³⁵.

Para GUSTAVO TEPEDINO, entretanto, a cláusula penal no Brasil consiste “em uma soma a pagar ou prestação a ser cumprida na hipótese de inadimplemento, com a função precípua de liquidar preventivamente os danos daí decorrentes”³⁶. Embasando na opinião de ORLANDO GOMES, o autor acaba se filiando à corrente indenizatória da figura jurídica.

Opinião congênere é a defendida por OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR, para quem a cláusula penal no Brasil possui natureza e função exclusivamente indenizatória, destacando o referido autor que “em ordenamentos com a característica do brasileiro, não se pode falar em cláusula penal de essência

³¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 415.

³² GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 416.

³³ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 420.

³⁴ LÔBO, Paulo. Direito civil: obrigações. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 267.

³⁵ LÔBO, Paulo. Direito civil: obrigações. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 267.

³⁶ TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 47.

coatora³⁷, bem como não se poderia concordar com uma cláusula penal ao mesmo tempo sancionatória e indenizatória, tendo em vista a contradição interna havia entre esses elementos³⁸.

Mirando a finalidade da cláusula penal em um determinado negócio jurídico a partir da análise das disposições contratuais, NELSON ROSENVALD identifica uma cláusula penal dissociada dos sistemas unitário, bifuncional e eclético, asseverando que a natureza e a função da cláusula penal não serão definas *a priori*, mas verificada no contrato³⁹, isto porque, segundo o autor, “cada modelo se destina a cumprir suas próprias finalidades, sem desvios”⁴⁰, tendo em vista que as referidas funções da cláusula penal emanarão da liberdade contratual das partes, limitada, entretanto, pelas limitações legislativas.

Posição equivalente é defendida por JORGE CESA FERREIRA DA SILVA, que antevê na cláusula penal possibilidades para além das concepções unitárias e dualistas da figura jurídica, asseverando haver a possibilidade de se estabelecer uma cláusula penal de feitiço estritamente compulsório, bem como a possibilidade de se inserir no contrato uma cláusula penal de matriz indenizatória, fundamenta a sua posição com base na autonomia privada e na possibilidade de estabelecimento de contratos atípicos no ordenamento jurídico brasileiro⁴¹.

Para CHRISTIANO CASSETARI, todavia, a função da cláusula penal seria de compelir o devedor ao adimplemento e, ainda, de prefixar o valor da indenização, tendo o referido autor se filiado à doutrina eclética acerca da natureza e função da cláusula penal, pois o referida figura jurídica possuiria uma “tríplice função, de reforço, de prefixação *a forfait* das perdas e danos e de pena”⁴².

³⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro. 2006. 418 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 242.

³⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro. 2006. 418 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006

³⁹ ROSENVALD, Nelson. A pena privada nas relações negociais. São Paulo: Lumen Juris, 2007, p. 105-106.

⁴⁰ ROSENVALD, Nelson. A pena privada nas relações negociais. São Paulo: Lumen Juris, 2007, p. 105-106.

⁴¹ SILVA, Jorge Ferreira da. Inadimplemento das obrigações. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 241-244.

⁴² CASSETARI, Christiano. Multa contratual: teoria e prática da cláusula penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 61.

A análise empreendida acerca das pesquisas realizadas em relação à cláusula penal no Brasil demonstram que doutrina majoritária se posiciona ao lado da teoria eclética da natureza e função da cláusula penal, reconhecendo a figura jurídica, portanto, como uma junção de sanção e indenização operadas pelo inadimplemento.

Excepcionando NELSON ROSENVALD (que identifica a cláusula penal em função da sua finalidade no contrato⁴³), JORGE CESA FERREIRA DA SILVA (que visualiza a possibilidade do estabelecimento de outras funções da cláusula penal a partir da autonomia privada e da possibilidade de estabelecimento de contratos atípico), bem como PAULO LÔBO (que adere parcialmente ao construto defendido por ANTÔNIO PINTO MONTEIRO⁴⁴), as demais opiniões acerca da matéria, sejam elas partidárias da corrente indenizatória ou eclética da cláusula penal, não admitem outros efeitos à cláusula penal senão aqueles sustentados pela teoria a qual são partidários.

Os argumentos que sustentam a supremacia da teoria eclética no Brasil são realizados com baixíssima profundidade investigativa, limitando-se a reproduzir a justificativa comum de que a pena por si só ensejaria no devedor um temor que lhe faria observar o escorreito cumprimento da obrigação, operando, contudo, a indenização na hipótese da ameaça não ter surtido o efeito almejado.

Assim, pode-se aferir que o caráter sancionatório seria decorrente da gênese romana da figura jurídica, desenvolvida para compelir receio de sanção ao devedor inadimplemento, ao passo que a faceta indenizatória decorreria da estruturação legal da matéria operada pelo Código Civil.

Questiona-se, contudo, como se poderia sustentar o caráter sancionatório de uma pena que não sanciona. Isto porque, violada a prevenção geral contida na norma, a expectativa pela prevenção especial restaria afastada, posto que, consoante defende a doutrina majoritária, o resultado seria o pagamento da indenização prefixada ao revés da pena.

⁴³ ROSENVALD, Nelson. A pena privada nas relações negociais. São Paulo: Lumen Juris, 2007, p. 105-106.

⁴⁴ LÔBO, Paulo. Direito civil: obrigações. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 268.

Desta maneira, melhor sorte assiste à concepção indenizatória, uma vez que não há uma contradição intrínseca em relação ao seu conteúdo. Entretanto, assim como a construção da teoria eclética não conforma o potencial que envolve a cláusula penal, a sustentação da exclusividade da figura jurídica sobre a concepção indenizatória termina por fulminar a vontade das partes no estabelecimento do procedimento a ser seguido na ocorrência do inadimplemento.

Assim, considerando a moldura legislativa que se tem hoje no Brasil, questiona-se se seria possível considerar haver apenas uma concepção para dar conta do fenômeno jurídico da cláusula penal. Questiona-se, também, se as limitações contidas na lei sobre as disposições atinentes à cláusula penal no Brasil impõem que o modelo a ser seguido pelas partes seja exclusivamente indenizatório. Questiona-se, ainda, se teriam as partes a possibilidade de estabelecer a função diferentemente daquela sustentada pela doutrina majoritária para segurança e previsibilidade do seu negócio. Por fim, questiona-se se seria possível aferir que o modelo legislativo é insuficiente para reger todas as possibilidades que a cláusula penal exerce no ordenamento jurídico brasileiro.

Todas essas questões serão analisadas e enfrentadas no decorrer da presente pesquisa, sendo importante destacar que o mote que orienta o presente estudo se desenvolve sobre a observação de que a moldura que envolve a cláusula penal não preestabelece a fotografia que comporá o quadro, sendo oportunizado às partes a responsabilidade para escolher a paisagem que será encartada e que ditará o porvir da relação contratual.

Reconhecido, portanto, as principais opiniões acerca da natureza e da função da cláusula pena no Brasil, faz-se importante doravante analisar as consequências materiais decorrentes da incidência do modelo eclético da cláusula penal nas decisões dos tribunais, evidenciando os acertos e os equívocos no tratamento da matéria.

A análise das decisões judiciais, ademais, permitirão concluir sobre a possibilidade de uma renovação da interpretação sem a necessidade de intervenção legislativa (*de lege ferenda*), notadamente porque o modelo insculpido no Código Civil brasileiro, ainda que não o ideal, permite uma flexibilidade em relação aos efeitos da cláusula penal que podem muito bem conformar o programa contratual

estabelecidos entre as partes, considerando-se, ademais, a possibilidade de indenização suplementar.

1.2 Consequências materiais decorrentes da incidência do modelo unitário ou dualista da cláusula penal: do desprestígio à autonomia privada na resolução dos conflitos decorrentes do descumprimento contratual.

A construção doutrinária acerca da natureza jurídica da cláusula penal é um importante passo para se compreender as consequências materiais acerca dos limites e possibilidades da cláusula penal no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente pela influência que a construção acadêmica clássica acerca da figura jurídica exerceu sobre o posicionamento dos Tribunais.

Independentemente da discussão havida entre unitaristas e dualistas em relação à natureza jurídica da figura jurídica, a realidade que se verifica hodiernamente nos Tribunais brasileiros é a de que a cláusula penal se subdivide em duas espécies, a saber: (i) cláusula penal compensatória e (ii) cláusula penal moratória, sendo a primeira decorrente do inadimplemento absoluto, ao passo que a segunda seria consequência do inadimplemento relativo de uma determinada prestação obrigacional.

Essa interpretação judicial, embora limitada, serve de ponto de partida para uma reflexão acerca das possibilidades para a cláusula penal no direito obrigacional brasileiro, não mais limitada por uma leitura simplória acerca do seu conceito e analisada diante dos efeitos decorrente dessa interpretação irrefletida, mas doravante considerada sistemática e funcionalmente no âmbito de um o direito civil não apenas regulamentador, mas principiológico, estabelecido sobre os valores da eticidade, socialidade e operacionalidade⁴⁵.

Nesse sentido, a visualização do posicionamento judicial acerca da cláusula penal se torna muitíssimo interessante, uma vez que permite a visualização das cláusulas penais moratória e compensatória na interpretação da figura jurídica, arrefecendo, portanto, a interpretação unitária da natureza jurídica da cláusula penal e, por outro lado, abrindo um flanco para reflexão sobre a concepção maniqueísta da cláusula penal nas hipóteses de inadimplemento, tendo em vista a ausência de fundamento para a referida interpretação. Um bom exemplo para essa análise está contido nos julgamentos dos recursos especiais 1.355.554/RJ e 1335617/SP,

⁴⁵ REALE, Miguel. Visão geral do projeto de código civil. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1998.

ambos relatados pelo Ministro Sidnei Beneti e julgados pela 3ª turma do Superior Tribunal de Justiça.

Discutia-se no julgamento do recurso especial nº 1.355.554/RJ a possibilidade de cumulação entre a pretensão de condenação ao pagamento da cláusula penal moratória e a pretensão de indenização por perdas e danos decorrentes de um atraso na entrega de um imóvel adquirido na planta. De outro lado, no julgamento do recurso especial nº 1335617/SP, a discussão se cingia a verificar possibilidade inversa, ou seja, de cumulação entre a pretensão de condenação ao pagamento da cláusula penal compensatória e a pretensão de indenização por perdas e danos advindas de um pedido de rescisão contratual de venda e compra de bem móvel (automóvel).

Segundo entendimento exarado pelo Ministro Sidnei Beneti no julgamento do recurso especial nº 1.355.554/RJ – seguido à unanimidade por seus pares –, a cumulação seria possível, tendo em vista que a cláusula penal moratória “não compensa nem substitui o inadimplemento, apenas pune o retardamento no cumprimento da obrigação”⁴⁶. De outro lado, no julgamento do recurso especial nº 1335617/SP o Ministro destacou que a cláusula penal compensatória visa “recompor a parte pelos prejuízos que eventualmente venham a decorrer do inadimplemento”⁴⁷, não cabendo, portanto, a cumulação.

Essa interpretação que consubstancia o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca da possibilidade de cumulação da cláusula penal com indenização às perdas e danos se baseia numa visão clássica e maniqueísta sobre a cláusula penal no Brasil, exercida mediante uma singela análise acerca da modalidade do inadimplemento ocorrida no contrato.

O que a presente pesquisa visa analisar, entretanto, é o próximo passo, ou seja, a possibilidade de inserção de uma cláusula penal compreendida não pela modalidade de descumprimento, mas pela função que ela exerce em um determinado negócio jurídico, superando, portanto, a concepção de que na hipótese de inadimplemento absoluto a cláusula penal será compensatória, ou que diante de

⁴⁶ REsp 1355554/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/12/2012, DJe 04/02/2013.

⁴⁷ REsp 1335617/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/03/2014, DJe 22/04/2014

um inadimplemento relativo ela será moratória. A cláusula penal será o que as partes desejam que ela seja, respeitadas, naturalmente, as limitações estabelecidas pelas regras do Código Civil brasileiro.

A definição da função da cláusula penal passa, portanto, pelo contrato, tendo no instrumento que expressa o acordo de vontade os delineamentos para a sua compreensão e incidência. Será nesta ambiência, destarte, que a cláusula penal – independentemente da sua função – deverá observar alguns limites estabelecidos pelo legislador, de maneira a tutelar não apenas os interesses havidos entre as partes, mas com o fito de conformar um contrato que se realiza para além dos contratantes e que interessa a toda coletividade⁴⁸.

Assim, a impossibilidade de se prever cominação acima do valor da obrigação principal (artigo 412 do Código Civil brasileiro), bem como a possibilidade de redução equitativa pelo juiz não descaracterizam a funcionalidade atribuída pelas partes a uma determinada cláusula penal, servindo, tão apenas, como limite para a imposição da pena, justificando, outrossim, a atuação judicial nas hipótese de abuso operadas em violação as referidas normas.

Tome-se em análise o acórdão proferido pela 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná no julgamento da apelação cível 1682440-9⁴⁹. A demanda envolvia a análise, dentre outros, da redução da cláusula penal em decorrência do cumprimento parcial de uma determinada obrigação contratual, tendo a referida Câmara de julgamento se posicionado a favor da redução do *quantum* estabelecido para a multa.

Em que pese não haver divergência em relação à possibilidade de redução equitativa da cláusula penal, consoante expressamente disposto no artigo 413 do Código Civil brasileiro, o que chama atenção na referida decisão é a confusão realizada pela Câmara em relação à função exercida pela cláusula penal no referido contrato, tendo o referido acórdão, inclusive, reformado a interpretação

⁴⁸ Na contemporaneidade, as esferas do interesse individual, do social e do estatal não mais são facilmente separadas, como antes ocorria, nos primórdios da modernidade. Há um complemento entre o interesse público e o privado, sendo difícil conceber um interesse privado que seja completamente autônomo, independente, isolado do interesse público (FACHIN, Luiz Edson. Direito Civil: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 62)

⁴⁹ TJPR - 11ª Câmara Cível - AC - 1682440-9 - Região Metropolitana de Londrina - Foro Central de Londrina - Rel.: Ruy Muggiati - Unânime - Julgado em 29.11.2017.

levada a efeito pelo juízo *a quo* sobre a função da cláusula penal naquele negócio jurídico.

Consoante se depreende do julgamento, o juízo *a quo* operou a redução equitativa da cláusula penal moratória em virtude do adimplemento parcial da obrigação. Restou comprovado nos autos que o devedor inadimpliu cerca de 30% (trinta por cento) da obrigação contratual, circunstância que fez com que o magistrado de primeiro grau reduzisse a pena prevista no contrato de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor total da obrigação para 15% (quinze por cento) do valor da obrigação não adimplida, a ser adimplida juntamente com correção monetária e juros moratórios.

Ocorre, entretanto, que ao analisar o recurso de apelação interposto pela parte devedora, a 11ª Câmara do Tribunal de Justiça do Paraná reconheceu o caráter compensatório da referida cláusula penal, circunstância que altera vertiginosamente a resolução do caso, pois, de partida impede a cumulação da cláusula penal e perdas e danos – salvo se prevista indenização complementar –, impõe ao credor a necessidade de demonstração do prejuízo e faz com que a interpretação acerca da redução equitativa leve em consideração a equivalência entre o valor da pena frente os danos a serem suportados pelo credor, sem olvidar, ademais, da proporcionalidade da referida disposição e da voluntariedade que a definiu.

Analisada essa questão, percebe-se que em que pese tenha a referida Câmara mantida a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau, os fundamentos contidos no seu acórdão reforma a decisão primeva e faz com que o recurso do devedor, quanto a esse ponto, seja parcialmente conhecido, circunstância que além de reduzir a condenação, também possui o efeito de afastar a sucumbência pelo manejo de recurso à segunda instância.

O imbróglio teve sua causa na interpretação que o Tribunal realizou sobre uma determinada subcláusula contratual. De acordo com o *caput* da cláusula contratual reproduzida pelo Tribunal, a pena estabelecida pelas partes seria não compensatória no importe de 50% (cinquenta por cento) do valor total do contrato, tendo sido estabelecido na subcláusula desta disposição à possibilidade de indenização suplementar. Não se duvida que a redação da cláusula seja ruim;

contudo, a solução operada pelo Tribunal de justiça não foi a melhor, tendo incorrido, inclusive, num grave erro técnico que poderia ter influenciado o deslinde da questão em prejuízo ao credor.

O fato de o Tribunal ter se debruçado sobre o contrato para aferir a função da cláusula penal naquela obrigação é digno de reconhecimento, entretanto, a análise maniqueísta da cláusula penal não só limitou as possibilidades da figura jurídica como ceifou a liberdade das partes no estabelecimento dos direitos e obrigações que regem a sua relação. É dizer, as partes poderiam ter estipulado uma cláusula penal estritamente compulsória, que seria cobrada juntamente com a execução da prestação em espécie ou por seu equivalente no âmbito de uma ação judicial ou adimplida espontaneamente pelo devedor, devendo ser interpretado à finalidade da disposição contratual, que no caso foi visivelmente implementada para compelir o inadimplemento e, quanto a sua subcláusula, para prever a possibilidade de indenização pelas perdas e danos decorrentes do inadimplemento contratual.

Assim, entende-se que haveria a necessidade de previsão de duas cláusulas contratuais. Isto porque, caso as partes queiram prever o percurso do contrato nas hipóteses de descumprimento relativo e absoluto, delineando a forma como o referido inadimplemento será sancionado ou compensado, o intérprete deve se ater a essa especificidade para a resolução de um possível litígio havido entre as partes.

Quanto ao caso analisado pelo Tribunal de Justiça do Paraná, entende-se que inexistindo cláusula penal estabelecida exclusivamente para a hipótese de inadimplemento absoluto, bem como considerando o interesse do credor na indenização por perdas e danos, a melhor solução seria aquela que reconhecesse a inexistência de cláusula penal para a hipótese sob julgamento e direcionasse o caso para aferição das perdas e danos ocasionada pelo inadimplemento.

Essa interpretação faz com que o programa contratual seja devidamente respeitado, oportunizando as partes um poder maior em relação aos efeitos do contrato e advertindo-as em relação as consequências de seus atos, mitigando a interpretação do magistrado sobre os desígnios dos contratantes e evitando decisões que desequilibrem as obrigações previstas no contrato.

Equívoco similar foi cometido pela 28ª Câmara Extraordinária de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da apelação cível nº 0015638-16.2013.8.26.0003, que teve como relator o desembargador Mauro Conti Machado⁵⁰. Nesse caso, o caráter coercitivo da cláusula penal era colocado à evidência, mas visualizou-se nos fundamentos do acórdão uma correlação da referida cláusula penal com a ideia de indenização, tendo o desembargador Mauro Conti Machado destacado que “a natureza jurídica da cláusula penal é, exatamente, de pré-determinação das perdas e danos enfrentados por quem não deu causa ao inadimplemento”.

A interpretação da cláusula penal levada a efeito pela 28ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no caso posto a seu julgamento está equivocada e contraria com os precedentes destacados pelo Tribunal para reforçar a sua posição. Isto porque, se a cláusula penal possui natureza indenizatória, ou seja, compensatória, ela não pode ser cumulada com outras indenizações (perdas e danos, dano moral etc.), salvo se expressamente previsto em contrato, tendo em vista que a sua finalidade seria justamente pré-determinar o valor da indenização decorrente do inadimplemento.

O desacerto técnico operado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo poderia ensejar injustiça material para o credor, uma vez que no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a jurisprudência é firme no sentido de ser impossível a cumulação de indenização suplementar e cláusula penal compensatória, salvo exceção prevista em contrato⁵¹.

A matéria pode parecer singela, mas a desatenção quanto ao assunto poderá ocasionar danos gravíssimos à parte a quem decisões como essas se destinam. Imagina-se o caso em que a cláusula moratória imponha uma multa de R\$ 1.000,00 (mil reais) para o caso de inadimplemento relativo, mas o caso acabe

⁵⁰ TJSP; Apelação 0015638-16.2013.8.26.0003; Relator desembargador Mauro Conti Machado; Órgão Julgador: 28ª Câmara Extraordinária de Direito Privado; Foro Central Cível - 22ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/06/2017; Data de Registro: 28/06/2017.

⁵¹ AgInt no REsp 1635794/DF, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 19/10/2017, DJe 25/10/2017; AgRg no REsp 1525348/DF, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 24/02/2017; AgRg no AREsp 636.892/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 03/08/2015; REsp 1335617/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/03/2014, DJe 22/04/2014; AgRg no Ag 741.776/MS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 07/11/2013, DJe 11/12/2013

por conformar um inadimplemento absoluto, circunstância para a qual as partes não previram nenhuma disposição especial. Interpretar que a cláusula penal inserida no contrato possui caráter de pré-determinação da indenização devida, tal como fez o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, seria fulminar o direito de indenização do credor pelas perdas e danos decorrentes do descumprimento contratual, que em um determinado caso poderia chegar a cifras milionárias. Seria o caso, então, de um erro que poderia substituir uma indenização milionária por uma de R\$ 1.0000 (mil reais), considerando a posição do Superior Tribunal de Justiça quanto ao assunto.

Acresça-se, ademais, ao caso a impossibilidade de majoração da pena por parte dos magistrados, bem como a impossibilidade do Superior Tribunal de Justiça analisar fatos e contratos para aferir a natureza jurídica da cláusula penal no caso concreto⁵². Essas circunstâncias, portanto, são importantes para se destacar a importância em reconhecer a espécie de cláusula penal inserida no âmbito de um determinado negócio jurídico, tendo em vista que a depender da interpretação que se faça, o desencadeamento dos efeitos num ou em outro caso serão diferentes e as consequências poderão ser nefastas.

No julgamento do agravo de instrumento nº 1.0024.14.298904-5/001, relatado pelo desembargador Newton Teixeira Carvalho, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais também cometeu um erro material quanto ao assunto, mas esse equívoco não influenciou o julgamento, sobrelevando-se, contudo, a análise realizada pela câmara em relação à função exercida pela pena no acordo estabelecido entre as partes.

Debruçando sobre o acordo estabelecido pelas partes, destacou em voto o desembargador Newton Teixeira Carvalho que “em conformidade com o que foi pactuado entre as partes, a multa prevista, em sede de cláusula penal, é de natureza compensatória, na medida em que busca coibir o descumprimento culposos do próprio acordo”⁵³. Essa análise realizada pela câmara vem de encontro com a necessidade de se perquirir a natureza jurídica da cláusula penal a partir da análise

⁵² Súmulas 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça.

⁵³ TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0024.14.298904-5/001, Relator(a): Des.(a) Newton Teixeira Carvalho, 13ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 14/12/2017, publicação da súmula em 15/12/2017

das disposições livremente estabelecidas pelas partes para reger a sua relação jurídica.

Em que pese o equívoco material tenha decorrido da utilização do verbo coibir, quando o correto para a inteira compreensão do caráter compensatório da cláusula demandasse a utilização do verbo prevenir, a análise do objetivo das partes pela interpretação do contrato é de incomensurável importância para o progresso da interpretação da cláusula penal no Brasil, permitindo antever outras possibilidades para a figura jurídica.

Neste sentido, a consideração em relação ao objetivo da cláusula penal inserida no âmbito de uma determinada obrigação contratual franqueará a existência de uma cláusula penal compensatória para a hipótese de inadimplemento relativo ou até mesmo o estabelecimento de uma cláusula penal sancionatória para a hipótese de um inadimplemento absoluto, previstas separada ou conjuntamente no mesmo instrumento contratual.

Essa especificidade foi observada no julgamento do recurso inominado nº 71007121817, julgado pela primeira turma recursal cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, tendo como relatora a desembargadora Fabiana Zilles⁵⁴. O caso versava sobre pretensão de majoração da condenação de primeiro grau de uma construtora que atrasou a data de entrega do imóvel adquirido na planta pelo recorrente, sendo seu pedido, portanto, pautado no ressarcimento dos danos emergentes (locação de outro imóvel pelo período de atraso), bem como a majoração dos danos morais decorrentes da mora.

Em suas razões, a desembargadora Fabiana Zilles destaca que a pretensão do recorrente na majoração da condenação construtora para o estabelecimento do ressarcimento dos danos emergentes advindo da locação de outro imóvel durante o período de atraso não seria possível, tendo em vista a impossibilidade de cumulação dessa pretensão com a cláusula penal prevista em contrato. Isto porque, em que pese se tratar de descumprimento relativo da obrigação, as partes estabeleceram uma cláusula penal com feitiço compensatório, estabelecida na obrigatoriedade, em caso de mora, do pagamento de um aluguel

⁵⁴ TJRS. Recurso Cível Nº 71007121817, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Fabiana Zilles, Julgado em 31/10/2017.

pelos meses de inadimplemento ao recorrente, determinando o contrato que esse pagamento seria realizado a título de pagamento de multa, perdas e danos e lucros cessantes.

A análise desse julgamento denota a importância da análise do contrato para a definição da natureza jurídica da cláusula penal, realizando o passo necessário o progresso da figura jurídica. A visão maniqueísta da figura jurídica foi deixada ao largo, de maneira que a percepção clássica acerca da correlação de inadimplemento relativo e cláusula penal moratória foi superada. Por essa razão, inclusive, que a pretensão do recorrente não foi provida neste aspecto, tendo a referida desembargadora ainda destacado que, diante da ausência disposição permitindo a indenização suplementar, a vontade consubstanciada pelas partes quando do estabelecimento do contrato deveria ser preservada, sendo aquele valor o devido a título indenizatório em virtude do descumprimento relativo.

A construção do referido raciocínio serve como um farol à pesquisa que se desenvolve, lançando luzes sobre a proposta que se intenta reforçar em relação a outras possibilidades para interpretação da cláusula penal no Brasil, vencendo concepções monistas acerca do assunto e fomentando criatividade em relação aos limites e possibilidades em relação a figura jurídica, observando-se, contudo, os limites estabelecidos pelo sistema.

Desta maneira, o giro realizado por alguns Tribunais do Brasil para se aferir o tratamento da cláusula penal em seus julgados é importante para demonstrar as consequências materiais decorrentes da incidência do modelo unitário ou dualista da cláusula penal, bem como para destacar a importância da análise do contrato para se aferir a função exercida pela pena para a garantia do exímio cumprimento da obrigação.

O traço distintivo que se analisa na presente pesquisa não está atrelada à construção acadêmica do assunto, conforme demonstrado no subcapítulo anterior, mas na percepção de que a definição da natureza, função e efeitos da cláusula penal em uma determinada relação jurídica só será devidamente aferida após a leitura atenta das pretensões das partes quando da assinatura do contrato, de maneira que a cláusula penal será aquilo que as partes definiram, observada a moldura estabelecida pela legislação acerca da matéria.

Essa limitação legislativa, ademais, não define ou desenha um modelo de cláusula penal estanque, mas apenas indica os limites que deverão ser observados por todos aqueles que pretendem se valor da figura jurídica para reforçar a necessidade de adimplemento da obrigação ou para garantir um imediato ressarcimento decorrente dos danos advindos da mora.

A superação dessa leitura conservadora acerca da cláusula penal no Brasil será levada a efeito nos próximos capítulos, agora também consubstanciados na observação dos equívocos incorridos pela jurisprudência e, outrossim, desenvolvidos sobre um base rígida e que permite o desenvolvimento de uma cláusula penal para além do modelo maniqueísta atrelado à modalidade de descumprimento, conforme a lição dos clássicos.

Estabelecido esse panorama, doravante se faz importante analisar a importância do inadimplemento para o surgimento da cláusula penal, bem como reforçar a desvinculação quase automática entre inadimplemento absoluto e cláusula penal compensatória, e inadimplemento relativo e cláusula penal moratória, destacando, mais uma vez, a riqueza da figura jurídica revelada pela superação dessas funcionalidades que, desde já se destaque, não deixarão de existir, mas se tornaram mais uma possibilidade da cláusula penal no Brasil, estabelecidas não por determinação legal, mas pelo projeto contratual dos contratantes.

CAPÍTULO 2. A IMPORTÂNCIA DO DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES PARA A COMPREENSÃO DA CLÁUSULA PENAL: PREMISSAS PARA O FORTALECIMENTO DE UMA INTERPRETAÇÃO FUNCIONAL DA CLÁUSULA PENAL NO BRASIL.

A análise do inadimplemento contratual antecede o exame da cláusula penal, tendo em vista que, conforme o disposto no artigo 408 do Código Civil, só incorrerá na cláusula penal aquele culposamente deixar de cumprir a obrigação ou se constituir em mora.

As modalidades de descumprimento contratual possuem uma estrita ligação com as espécies de cláusula penal, de modo que a ocorrência de uma determinada modalidade inadimplemento ensejará a incidência de espécie de cláusula penal, razão pela qual o conhecimento acerca das modalidades de descumprimento das obrigações é salutar para a compreensão da cláusula penal no ordenamento jurídico brasileiro.

Desta maneira, considerando que para a doutrina clássica o descumprimento seria dividido entre descumprimento absoluto e descumprimento relativo, para os quais o primeiro ensejaria a resolução do contrato e o segundo deflagraria a mora. Já em relação à cláusula penal, o descumprimento absoluto ensejaria a incidência da cláusula penal compensatória e o descumprimento relativo provocaria a incidência da cláusula penal moratória.

Parte da doutrina entende que a cláusula penal compensatória realizaria o desígnio indenizatório da cláusula penal, de maneira que havendo o inadimplemento absoluto, o valor previsto a título de cláusula penal constituiria a indenização devida no caso (à exceção da manutenção da indenização suplementar, quando a cláusula penal serviria como o mínimo da indenização), ao passo que a cláusula penal poderia realizar o aspecto sancionatório, tendo em vista que a sua incidência acresce o valor devido da obrigação.

Sendo assim, para a doutrina clássica a cláusula penal seria indenizatória (ou com primazia do caráter indenizatório) na hipótese de descumprimento absoluto, ao passo que seria sancionatória (ou com relevância desse aspecto) quando a ocorrência da mora. O estudo que se leva a efeito na presente pesquisa arrosta essa possibilidade e questiona se não poderiam haver cláusulas penais diversas

para essas mesmas hipótese, partindo do pressuposto do contido no contrato estabelecido entre as partes.

A análise em relação ao descumprimento contratual é um excelente ponto de partida para essas considerações, pois traz consigo novas conformações que afetam diretamente a interpretação clássica acerca da cláusula penal, de maneira que especificidades como onerosidade excessiva, violação positiva do contrato e o inadimplemento antecipado influirão acerca da incidência da cláusula penal sobre um determinado negócio jurídico, ora limitando sua incidência, ora servindo como substrato para a realização da cláusula.

Nesse sentido, a violação positiva do contrato poderá ser interpretada num determinado negócio jurídico tanto como forma de descumprimento absoluto quanto de descumprimento relativo, a depender do ato promovido pela parte e a sua configuração diante do escopo contratual estabelecido entre as partes. Tome-se como exemplo o caso do fornecedor de ração que altera a fórmula do seu produto e não informa aos seus consumidores, ocasionando reação nos animais que podem lhes levar a morte⁵⁵. Nesse caso, em que pese à obrigação tenha sido cumprida no tempo, no local e da forma determinada no contrato, a ausência da informação acerca da composição do produto ofendeu um dever lateral de conduta que, por si só, possui o condão de estabelecer o inadimplemento absoluto do contrato.

Nada obstante, o descumprimento de uma determinada obrigação de execução continuada, ocasionado pelo desequilíbrio imprevisto do câmbio em decorrência de um escândalo político revelado pela imprensa não poderá ensejar a incidência da cláusula penal (seja ela compensatória ou moratória), tendo em vista que nessa hipótese não haverá inadimplemento, pois, estar-se-á diante de uma hipótese de onerosidade excessiva, que fará com que as partes modifiquem equitativamente as condições do contrato ou resolvam a obrigação, sem, contudo, que seja determinado o inadimplemento contratual⁵⁶.

A cláusula penal, nesse sentido, ganha relevância quando se considera essas novas hipótese de descumprimento contratual, podendo ser prevista para

⁵⁵ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A boa-fé e a violação positiva do contrato. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

⁵⁶ TARTUCE, Flávio. Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

incidir sobre hipótese de descumprimento de deveres laterais de conduta de maneira sancionatória, ou reconhecendo a sua incidência também para aquelas hipóteses em que obrigação principal tenha sido cumprida sem observância dos consectários jurídicos da boa-fé objetiva.

Desta forma, a primeira subseção do presente capítulo abordará essas correlações entre as modalidades de descumprimento e a cláusula penal, objetivando demonstrar não apenas o arranjo clássico da teoria da cláusula penal com as hipóteses de inadimplemento, mas também buscando demonstrar as possibilidades de refinamento da cláusula penal frente às renovadas teorias acerca do descumprimento contratual.

Prosseguindo, o estudo analisará a resolução contratual sob uma perspectiva funcional. Essa etapa da pesquisa, a ser desenvolvida na segunda subseção, abordará a necessidade de objetivação dos requisitos para a configuração da perda superveniente de interesse do credor para a configuração do descumprimento absoluto da obrigação contratual.

Esta especificidade é de grande relevância para a incidência da cláusula penal, tendo em vista que a possibilidade de cumprimento da prestação inadimplida obstará a incidência da cláusula penal prevista para a hipótese de total inadimplemento, mas não limitará a aplicação da pena prevista para a ocorrência da mora. Uma análise objetiva acerca da configuração da perda do interesse contratual é importante para a incidência da cláusula penal em determinado negócio jurídico.

Assim, o atraso, por exemplo, na entrega de um conjunto de vestidos de noiva por uma indústria a uma empresa especializada na locação desse produto não ensejará, de partida, em hipótese de resolução contratual pela perda do interesse da empresa no produto, pois, consoante se denota, para a atividade da empresa (locação dos vestidos) aqueles produtos são fundamentais para o exercício da atividade da empresa, de maneira que nesse caso o atraso deverá ser analisado sob o enfoque da mora, podendo haver uma cláusula penal sancionatória (que acrescerá ao valor das perdas e danos ocasionados pelo descumprimento no tempo) ou indenizatória (que já preveja o valor do prejuízo decorrente da não prestação no tempo, lugar e da forma determinada no contrato).

A análise que será levada a efeito também analisa a objetivação da cláusula penal, ofertando melhores instrumentos para se aferir, num determinado negócio jurídico, qual cláusula penal foi estabelecida entre as partes. Isto porque, nem sempre em um negócio jurídico essa conformação estará disposta de maneira clara e objetiva, facilitando a análise do interprete. Muitas vezes a cláusula penal será redigida sem maiores preocupações, de maneira que a análise a ser realizada em relação aa figura jurídica deverá guardar correlação com o escopo do contrato e as expectativas das partes, de maneira a resguardar o interesse nos efeitos advindos do inadimplemento contratual⁵⁷.

Este capítulo, portanto, é importante para concatenar a construção clássica acerca da cláusula penal e os seus resultados práticos para a resolução dos conflitos, bem como servirá de embasamento teórico para reforçar as nossas interpretações funcionalistas da cláusula penal, que antevêem a figura jurídica não em sua face histórica, mas que o consideram em sua conformação tópico-sistemática, ou seja, em consonância como projeto contratual estabelecido pelas partes e de acordo com a principiologia que informa o direito civil contemporâneo.

⁵⁷ O que importa sublinhar é que, constituindo deveres que incumbem tanto ao devedor quanto ao credor, não estão orientados diretamente ao cumprimento da prestação ou dos deveres principais, como ocorre com os deveres secundários. Estão, antes, referidos ao *exato processamento da relação obrigacional*, isto é, à satisfação dos interesses globais envolvidos, em atenção a uma identidade finalística, constituindo o complexo conteúdo da relação que se unifica funcionalmente. Dito de outro modo, os deveres instrumentais “caracterizam-se por uma função auxiliar da realização positiva do fim contratual e de proteção à pessoa e aos bens da outra parte contra os riscos de danos concomitantes”, servindo, “ao menos as suas manifestações mais típicas, o interesse na conservação dos bens patrimoniais ou pessoais que podem ser afetados em conexão com o contrato” (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 25).

2.1 Correlação entre as modalidades de inadimplemento e as espécies de cláusula penal no ordenamento jurídico brasileiro.

A correlação existente entre a figura jurídica da cláusula penal e as modalidades de descumprimento é realizada a partir da aferição da subserviência da cláusula penal à ocorrência do descumprimento culposo da obrigação por parte do devedor da obrigação. É por este motivo, portanto, que o artigo 408 do Código Civil brasileiro determinará que incorrerá de pleno direito na cláusula penal o devedor que deixar de cumprir culposamente a obrigação ou incorrer em mora.

Analisar, entretanto, as hipóteses de descumprimento demanda revolver o concatenamento obrigacional, tendo em vista que o estabelecimento de uma dada obrigação é realizado objetivando-se a sua conclusão, tida no direito privado como o correto adimplemento da prestação predeterminada no contrato.

Nessa seara, não se pode olvidar que a obrigação é constituída como um processo⁵⁸, cujas partes se unem para formar um todo e esse todo representa o correto atendimento das pretensões almejadas pelas partes quando do estabelecimento da relação jurídica⁵⁹. Qualquer incidente de derrogação dessa percepção atuará contra a finalidade do contrato, que nasce para garantir e coordenar a realização de determinados atos que culminarão na satisfatividade de um determinado ou determinável desígnio.

É por esta razão que JUDITH MARTINS-COSTA correlacionará a sua pesquisa acerca do inadimplemento das obrigações com o consectário jurídico da boa-fé objetiva⁶⁰, tendo em vista as interligações internas que fazem com que a aferição do adimplemento ou inadimplemento de uma determinada obrigação seja

⁵⁸ A concepção da obrigação como um processo e como uma totalidade concreta põe em causa o paradigma tradicional do direito das obrigações, fundado na valorização jurídica da vontade humana, e inaugura um novo paradigma no direito obrigacional, não mais baseado exclusivamente no dogma da vontade (individual, privada ou legislativa), mas na boa-fé objetiva (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 394).

⁵⁹ SILVA, Clóvis V. do Couto e. A obrigação como processo. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 10.

⁶⁰ Embora a construção inicial da boa-fé objetiva – como um princípio geral de cooperação e lealdade recíproca entre as partes – tenha prescindido de fundamentações axiológicas precisas, não há, hoje, dúvida de que ela representa expressão de solidariedade social no campo das relações privadas. E, justamente na esteira da ótica da solidariedade que se consolidou ao longo do século XX, a boa-fé alcançou amplo desenvolvimento, na medida em que juristas e legisladores de diversas nações iam se sensibilizando à necessidade de conter o exercício desenfreado da autonomia privada dos contratantes (SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 84-85).

visualizada não apenas pelo descumprimento da prestação principal, antevista por sua faceta exterior de entrega da prestação devida, mas realizada em consideração com as legítimas expectativas nutridas pelas partes, que encontram no princípio da boa-fé objetiva não só sua proteção, mas também a sua coordenação para a realização da prestação no tempo, no espaço e do modo como foi idealizado pelas partes no âmbito de sua autonomia privada⁶¹.

A incidência do princípio da boa-fé objetiva no âmbito do direito obrigacional brasileiro faz com que os valores da eticidade e socialidade tenham materialidade, transobjetivando⁶² a relação jurídica de modo a estabelecer deveres e obrigações para além do que fora previsto expressamente pelo contrato, mas de acordo com a legítima expectativa que as partes possuem quanto à diligência, cooperação e lealdade de seus parceiros comerciais, sendo por essa razão que JUDITH MARTINS-COSTA destaca que:

Se em toda a ordem jurídica a cooperação é pressuposto abstrato e geral, no Direito das Obrigações, centrado na noção de prestação como *conduta humana devida*, a cooperação é nuclear, pois através da relação obrigacional ‘o interesse de uma pessoa é prosseguido por meio da conduta doutra pessoa’, de modo que a ‘colaboração entre sujeitos de ordem obrigacional – a colaboração intersubjetiva – é uma constante intrínseca das situações’. Deste modo, diferentemente de conotar uma ‘visão excessivamente romântica de que os contratantes devem colaborar entre si, **o dever de colaboração está no núcleo da conduta devida, servindo para possibilitar, mensurar e qualificar o adimplemento**⁶³.

A influência do princípio da boa-fé objetiva para se aferir o modo de realização de uma determinada obrigação acaba por advertir o interprete acerca das intempéries pelas quais a relação obrigacional poderá passar, destacando, nessa ambiência, especificidades como a do inadimplemento antecipado, da violação

⁶¹ MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

⁶² Confia-se, pois, no texto do instrumento como também no programa contratual, que deriva do comportamento e da própria realização material do contrato. O significado diverso é tanto da confiança (não mais somente na declaração, mas sim no programa contratual) quando do contrato em si, agora um processo de direito material dirigido pela lealdade e probidades das partes (FACHIN, Luiz Edson. Direito civil: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 70).

⁶³ MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 26.

positiva do contrato, da onerosidade excessiva e, ademais, da exceção de contrato não cumprido.

Nada obstante, a observação do princípio da boa-fé objetiva além de coordenar a obrigação a sua escorreita extinção também possui o condão de prejudicar a análise estritamente econômica acerca da conveniência e oportunidade do adimplemento do contrato, quebrando a lógica da maximização da eficiência analisada sob o ponto de vista individual e estritamente econômico do contrato, fazendo com que a decisão pelo inadimplemento voluntário do contrato não seja substancialmente condenado pelo aparato judicial de resolução de conflitos⁶⁴, isto porque:

O teor geral desta cooperação intersubjetiva no Direito das Obrigações decorre de a boa-fé constituir, em sua acepção objetiva, uma norma de conduta que impõe aos participantes da relação obrigacional um agir pautado pela lealdade, pela consideração dos interesses da contraparte. Indica, outrossim, um critério de interpretação dos negócios jurídicos e uma norma impositiva de limites ao exercício de direitos subjetivos e poderes formativos. Em outras palavras, como emanção da confiança no domínio das obrigações, os deveres que decorrem da lealdade e da boa-fé objetiva operam defensivamente e ativamente, isto é, impedindo o exercício de pretensões e criando deveres específicos⁶⁵.

Essa consideração, ademais, não rechaça a cognição acerca do feito econômico do contrato, estabelecido para conformar uma determinada operação econômica. Contudo, há que se ter em mente que o contrato não se conforma apenas em operação econômica, sendo também constituído por um conjunto de regras predeterminadas que conforma os seus limites e coordenam os seus efeitos,

⁶⁴ Nesse sentido, concepções como as que são destacadas por MARCIA CARLA PEREIRA RIBERITO e IRINEU GALESKI JUNIOR (RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; JUNIOR, Irineu Galeski. Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 152-159) acerca da conveniência ou não do adimplemento do contrato sob o ponto de vista exclusivamente individual e maximizador da sua eficiência econômica deverão ser sumariamente rechaçados, sob pena de esvaziar a força vinculante da relação jurídica entre as partes e fulminar uma das características essenciais do contrato, a sua transitoriedade.

⁶⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 33.

de maneira a manter hígidas e congruentes pretensões opostas que foram garantidas pelo estabelecimento de regras sócias para a sua realização⁶⁶.

Essas especificidades precisam a insuficiência da análise do inadimplemento centrada na realização decorrentes dos deveres de prestação. A relação obrigacional informa deveres outros, ditos instrumentais, que devem ser atendidos tão plenamente quanto as obrigações correlacionadas ao objeto da prestação.

O surgimento destes referidos direitos nem sempre são erigidos pelas partes quando do estabelecimento da sua relação jurídica; contudo, considerando a incidência obrigatória da boa-fé objetiva sobre todas as relações obrigacionais⁶⁷, a observação do seu surgimento decorrerá das características e circunstância que informam o negócio jurídico posto sob análise⁶⁸.

Nesta medida, “o cumprimento da prestação concretamente devida, presente a realização dos deveres derivados da boa-fé que se fizeram instrumentalmente necessários para o atendimento satisfatório do escopo da relação”⁶⁹ culminará na extinção do contrato pelo adimplemento da prestação contratual.

Todavia, o descumprimento dessa metodologia fará com que o ofensor incorra em mora ou, inclusive, que dê ensejo a percepção acerca da impossibilidade do correto cumprimento do contrato, perfectibilizando, portanto, o descumprimento contratual, circunstância que dará ensejo à incidência da cláusula penal.

⁶⁶ ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Almedina, 2009

⁶⁷ Sob o ponto de vista dogmático, tem-se por toda parte atribuído à boa-fé objetiva uma tríplice função no sistema jurídico, a saber: (i) função de cânone interpretativo dos negócios jurídicos; (ii) a função criadora de deveres anexos ou acessórios à prestação principal; (iii) a função restritiva do exercício de direitos (SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 86).

⁶⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p.37.

⁶⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 67.

A observação, ademais, da boa-fé objetiva fará com que se rechace a realização do comportamento contraditório⁷⁰, bem como se tutelará as legítimas expectativas geradas a partir comportamento reiterado⁷¹ de uma determinada parte do contrato, fazendo erigir dessa situação deveres e obrigações que vincularão as partes e que, numa determinada especificidade, ora legitimarão o afastamento do inadimplemento, ora servirão de supedâneo para a pretensão do dever de indenizar advindo do descumprimento culposos da obrigação.

A conjectura que informa essas novas possibilidades para as modalidades de inadimplemento contratual acabam por afetar a clássica compreensão acerca da cláusula penal no Brasil⁷², uma vez que não se observa na doutrina uma funcionalização da figura jurídica para fazer frente aos vetores insculpidos pela boa-fé objetiva no Brasil.

Desta maneira, a inserção da cláusula penal para a conformação do escoamento adimplemento da obrigação não poderá apenas se centrar na realização da prestação devida pelo estabelecimento do contrato, mas deverá se ater ao atingimento dos deveres instrumentais da relação para a completa satisfatividade da prestação.

⁷⁰ A tutela da confiança atribui ao *venire* um conteúdo substancial, no sentido que deixa de se tratar de uma proibição à incoerência por si só, para se tornar um princípio de proibição à ruptura da confiança, por meio da incoerência. (...) Em outras palavras, é a tutela da confiança o fundamento contemporâneo do *nemo potest venire contra factum proprium* (SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 101).

⁷¹ O que se tutela é também, na versão mais aceita da *Verwirkung* [supressão], a confiança no comportamento coerente daquele que se retardou em fazer valer o seu direito. Trata-se, portanto, de uma subespécie de *venire contra factum proprium*, caracterizada pelo fato de a conduta inicial ser um comportamento omissivo, um não exercício de uma situação jurídica subjetiva (SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 189)

⁷² Assim como ocorre com a criação de deveres, pode ainda verificar-se, pela incidência da boa-fé objetiva, a limitação do exercício de direitos subjetivos ou de direitos formativos. Isto acontece, por exemplo, quando a boa-fé enseja a aplicação da Teoria dos Atos Próprios, pela invocação da regra que veda *venire contra factum proprium*; quando coíbe a abusiva invocação da exceção de contrato não cumprido ou da *exceptio non rite adimpleti contractus*; quando afasta o exercício do poder formativo extintivo de resolução, em face do adimplemento substancial da obrigação; quando veda a exigibilidade, por inadimplemento da obrigação; ou, ainda, quando impede a exigibilidade de um direito se o titular inerte por longo tempo, de forma a criar na contraparte a legítima expectativa de que o mesmo não seria mais exercido (*supressio*), tal como ora versado no art. 330 do novo Código, e o seu contrário, a *surrectio*; ou vedando a contrariedade da conduta contratual, hipótese designada pela expressão *tu quoque*, ou ainda carreando à antiga *fattispecie* do abuso de direito (MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 40-42).

Antever as possibilidades que o princípio da boa-fé objetiva opera na interpretação da teoria do inadimplemento contratual e cotejá-la com os efeitos que advirão da disposição da cláusula penal em uma determinada obrigação é sumamente importante para se aferir os limites e possibilidades que poderão ser estabelecidas pelas partes quando do estabelecimento do acordo de vontades.

Desta maneira, a análise que se empreenderá no próximo subcapítulo focalizará nas modalidades de inadimplemento contratual, bem como delineará as novas teorias acerca do inadimplemento advindas da incidência direta do princípio da boa-fé objetiva, correlacionando os seus efeitos para uma contemporânea e integrada leitura da cláusula penal no Brasil, oferecendo ao intérprete, bem como as partes, os instrumentos necessários para garantir segurança e previsibilidade dos efeitos do contrato na hipótese do inadimplemento.

2.2 O inadimplemento do contrato em uma perspectiva funcional: a correlação entre o inadimplemento contratual e a cláusula penal no Brasil.

O que é e como se relaciona o inadimplemento contratual e a cláusula penal no Brasil? Em que medida o conhecimento acerca das modalidades de inadimplemento torna-se relevante para a classificação da natureza e função da cláusula penal no Brasil? As questões que ora se apresentam informam o conteúdo do presente capítulo e serve como guia para o propósito que se intenta concluir, qual seja, identificar a correlação entre o inadimplemento contratual e a cláusula penal no ordenamento jurídico brasileiro.

De partida, urge consignar se que entende por inadimplemento “o não cumprimento da obrigação nos devidos tempo, lugar e forma”⁷³, caracterizado “quando o devedor não cumpre a obrigação, voluntária ou involuntariamente”⁷⁴ decorrente de “fato imputável ao devedor ou evento estranho à sua vontade, que determine a impossibilidade de cumprir”⁷⁵, podendo ser dividido em sua origem como inadimplemento culposo ou inadimplemento fortuito, e quanto a sua extensão em inadimplemento absoluto ou inadimplemento relativo. JORGE CESA FERREIRA classifica o inadimplemento pelos seguintes critérios: “(1) o que considera a atuação do devedor; (2) o que separa as hipóteses conforme a possibilidade de realização dos interesses do credor; e (3) o que leva em conta o interesse violado”⁷⁶.

A classificação da figura jurídica a partir da atuação do devedor conforma a subdivisão do inadimplemento em objetivo e subjetivo, tendo o primeiro a característica do não cumprimento decorrente de ato independente do devedor, enquanto que a primeira está atrelada a ato diretamente realizado pelo obrigado. Essa classificação se assemelha aquela que classifica o inadimplemento em culposo⁷⁷ ou fortuito⁷⁸, entendendo-se o inadimplemento culposo o decorrente de

⁷³ LÔBO, Paulo. Direito civil: obrigações. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 230.

⁷⁴ GOMES, Orlando. Obrigações. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 173.

⁷⁵ GOMES, Orlando. Obrigações. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 173.

⁷⁶ SILVA, Jorge Ferreira da. Inadimplemento das obrigações. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 33.

⁷⁷ O inadimplemento da obrigação por fato imputável ao devedor deve ser apreciado à luz da teoria da culpa contratual. Consiste a culpa na infração do dever jurídico oriundo do contrato, praticada intencional ou negligentemente (GOMES, Orlando. Obrigações. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 174).

⁷⁸ A inexecução decorrente do acaso caracteriza-se pela impossibilidade da prestação, determinada por evento estranho e superior à vontade do devedor. Deve tratar-se, obviamente, de impossibilidade superveniente, vista como, se for originária, a relação obrigacional será nula. (GOMES, Orlando. Obrigações. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 176).

fato imputável ao devedor, e como inadimplemento fortuito aquele decorrente da força da natureza ou da intervenção de terceiros.

O critério de classificação do inadimplemento a partir da visualização das possibilidades de realização dos interesses do credor, por sua vez, “discrimina os casos de inadimplemento que ainda admitem a satisfação dos interesses do credor e aqueles nos quais essa satisfação não se faz mais possível”⁷⁹, considerando-se, por fim, a classificação a partir do interesse violado aquela que “distingue se o inadimplemento envolve a não-realização dos interesses na prestação ou se a hipótese foi não-concretização de interesses de proteção das partes”⁸⁰, entendendo-se que no primeiro caso estar-se-á diante das possibilidades do inadimplemento relativo ou mora, enquanto que no segundo haverá incidência para a caracterização da violação positiva do contrato⁸¹.

A classificação realizada acerca do inadimplemento é importante para se identificar suas modalidades e aferir o seus efeitos, de maneira a cotejar as consequências que a incidência dessa figura acarretará para a caracterização e incidência da cláusula penal em um determinado negócio jurídico ao qual ela tenha sido expressamente integrada.

A percepção do inadimplemento a partir da análise do interesse violado subdivide-se em três modalidades: (1) do inadimplemento absoluto; (2) do inadimplemento relativo; e (3) da violação positiva do contrato, entendendo-se como inadimplemento absoluto “se tiver faltado completamente a prestação, de forma que o credor não receba aquilo a que o devedor se obrigou, seja a coisa, ou o fato, ou a abstenção, e não haja mais possibilidade de ser executada a obrigação”⁸², ao passo que haverá inadimplemento relativo se a “obrigação não tenha sido cumprida no lugar, no tempo, ou na forma convencionados, subsistindo, de todo o caso, a possibilidade de cumprimento”⁸³. A violação positiva do contrato, nas palavras de

⁷⁹ SILVA, Jorge Ferreira da. Inadimplemento das obrigações. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 34-35.

⁸⁰ SILVA, Jorge Ferreira da. Inadimplemento das obrigações. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 35.

⁸¹ SILVA, Jorge Ferreira da. Inadimplemento das obrigações. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 35.

⁸² PEREIRA, Caio Mário da Silva. Teoria geral das obrigações. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 305.

⁸³ ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas consequências. São Paulo: Saraiva, 1949, p. 15.

JORGE CESA FERREIRA DA SILVA, “corresponderia ao inadimplemento decorrente do descumprimento de dever lateral, quando este dever não tenha uma vinculação direta com os interesses do credor na prestação”⁸⁴.

Reconhecer o inadimplemento a partir do descumprimento dos deveres laterais de conduta faz com que seja respeitada a principiologia que informa o direito civil brasileiro, notadamente diante da visualização ao respeito dos vetores da eticidade e da socialidade, reforçando a compreensão da obrigação como totalidade concreta, que não se atém, única e exclusivamente sobre a prestação, espraiando efeitos também para a instrumentalidade que conforme a execução do contrato. Nesse sentido, JUDITH MARTINS-COSTA assevera que:

No vínculo obrigacional considerado como uma totalidade, como um complexo de direitos (direitos de crédito, direitos formativos), deveres (principais e secundários, laterais e instrumentais), sujeições, obrigações, exceções, ônus jurídicos, legítimas expectativas etc., visualiza-se, como já referi, além do aspecto externo, o *aspecto interno*, vale dizer, aquele conjunto inseparável de elementos que coexiste, material e comlessivamente, no vínculo que liga credor e devedor, aí inclusos os elementos consistentes às suas fontes e aos seus limites. Como expressa Motta Pinto, “os múltiplos elementos integradores da relação obrigacional complexa, e o caráter indeterminado de alguns, ligam-se à aplicação de conceitos indeterminados e cláusulas gerais”, **permitindo que integrem esta relação não apenas os fatores e circunstâncias que decorrem do modelo tipificado na lei ou os que nascem da declaração de vontade, mas, por igual, fatores extravoluntarísticos, atinentes à concreção de princípios *standards* de cunho social e constitucional**⁸⁵.

Esta percepção faz com que a incidência do inadimplemento não se dê apenas em relação ao descumprimento da obrigação principal, mas também a partir do descumprimento da obrigação considerada em sua totalidade, numa visão que traga em si não apenas o interesse do credor, mas que eleve a eticidade e socialidade que informam o direito civil brasileiro, de maneira coordenar cada fase do programa contratual de acordo com o padrão médio que se verifica na sociedade para atestar a hígidez e respeitabilidade do vínculo.

⁸⁴ SILVA, Jorge Ferreira da. A boa-fé e a violação positiva do contrato. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 266.

⁸⁵ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 394-395.

O inadimplemento contratual em cada uma de suas modalidades poderá ser total, “quando a obrigação, em sua totalidade, deixou de ser cumprida”⁸⁶, e parcial, quando a obrigação de ter apenas uma parte realizada, hipóteses que se aplicam tanto ao inadimplemento absoluto quanto ao inadimplemento relativo.

A caracterização do inadimplemento relativo no Brasil está consagrada no artigo 394 do Código Civil, norma que dispõe que “considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebe-lo **no tempo, lugar e forma** que a lei ou a convenção estabelecer”. JORGE CESA FERREIRA comenta que o “Código Civil brasileiro, no âmbito da família Romano-Germânica, inovou em matéria de terminologia utilizada para a definição da mora”⁸⁷, de maneira que acabou por receber um “suporte fático mais abrangente do que se tinha até então cogitado, de sorte que toda violação da obrigação que se relacionasse com o *lugar* e a *forma* da prestação deveria ser tida igualmente como mora”⁸⁸.

Desta maneira, não apenas o descumprimento a destempo fará com o que o devedor incida na mora e suporte os consectários jurídicos daí decorrentes. A desatenção em relação ao lugar, bem como a forma com a qual a prestação deverá ser adimplida farão com que a prestação, ainda que tenha sido entregue no prazo determinado, seja desclassificada como adimplida, passando a ser considerado o devedor em mora.

Aspecto interessante em relação à figura jurídica é aquele determinado pelo parágrafo único do artigo 395 do Código Civil brasileiro, o qual determina que “Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos”.

Essa disposição toca diretamente no âmbito de incidência da cláusula penal e, ainda, descortina uma importante discussão acerca do interesse do credor, tendo como uma das suas principais consequências o surgimento do direito formativo de resolução contratual, previsto no Brasil no artigo 475 do atual Código Civil, que determina “A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do

⁸⁶ ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas consequências. São Paulo: Saraiva, 1949, p. 15.

⁸⁷ SILVA, Jorge Ferreira da. A boa-fé e a violação positiva do contrato. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 144.

⁸⁸ SILVA, Jorge Ferreira da. A boa-fé e a violação positiva do contrato. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 145.

contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”.

O retardamento culposo, por si, não é causa de extinção por impossibilidade, pois a prestação continua possível; também não é sempre e necessariamente caso de resolução, cabendo de ordinário ao credor empregar os meios próprios para fazer valer a sua pretensão, exigindo coativamente a prestação prometida pela ação de cumprimento do contrato. A “mora”, só por si, é causa de resolução em duas hipóteses: ou por efeito expresso na lei (locação, alienação fiduciária, parcelamento do solo urbano etc.), ou quando a prestação, pela demora, não mais interessa ao credor (art. 395, parágrafo único do Código Civil)⁸⁹.

A compreensão da resolução contratual como um direito formativo extintivo é derivada da verificação do direito potestativo atribuído a determinada pessoa para “modificar, de modo unilateral, uma situação jurídica de outrem, que, não podendo evitá-lo, deve apenas sujeitar-se”⁹⁰.

Nesse sentido, RUY ROSADO DE AGUIR JUNIOR define as características desse direito formativo de resolução na sua voluntariedade, irrenunciabilidade, imprescritibilidade e irretratabilidade, entendendo-se sua a voluntariedade como dependência dos seus efeitos à manifestação de interesse do sujeito que possui o direito potestativo de influir em uma determinada situação jurídica⁹¹, a irrenunciabilidade na impossibilidade de se renunciar previamente ao direito de resolver, a imprescritibilidade na inocorrência da prescrição para essa espécie de direito formativo e a irretratabilidade na impossibilidade de retratação após o exercício do direito formativo de extinção⁹².

⁸⁹ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos contratos por descumprimento do devedor: resolução. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2004, p.115.

⁹⁰ AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 251.

⁹¹ O exercício desse direito extintivo depende da vontade do interessado, porque a resolução legal ou convencional não se dá de pleno direito. É necessário que o titular do direito subjetivo declare a sua vontade para a produção do efeito extintivo. Isso afasta a possibilidade de o juiz resolver de ofício a relação, quando nada é alegado ou pedido pela parte. Diferente de quando se trata de nulidade de pleno direito, que deve ser declarada de ofício pelo juiz (AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos contratos por descumprimento do devedor: resolução. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2004, p. 32).

⁹² AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos contratos por descumprimento do devedor: resolução. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2004, p. 32-38

A irrenunciabilidade⁹³, conforme adverte RUY ROSADO DE AGUIR JUNIOR, não impõe a obrigatoriedade da manifestação, da mesma forma com que a imprescritibilidade⁹⁴ não infirma a possibilidade de preclusão e decadência e a irretratabilidade⁹⁵, quando considerada a finalidade do negócio, não impede a reconsideração.

O direito formativo de resolução contratual é dividido no modelo convencional e legal, no qual o primeiro (convencional) advém do estabelecimento de circunstâncias preestabelecidas pelas partes que fazem com que, na sua ocorrência, o contrato seja imediatamente resolvido, enquanto que o segundo surge do disposto em lei, incidindo ainda sobre a questão, conforme destaca RUY ROSADO DE AGUIR JUNIOR, que a resolução – seja ela legal ou convencional – poderá ser total ou parcial, a depender do que foi prestado pelo devedor⁹⁶.

A divisão quanto às espécies de resolução se torna importante para o conhecimento do procedimento a ser adotado na ocorrência de um determinado descumprimento, devendo-se se aferir, em primeiro lugar, a qual espécie de resolução se está a tratar, pois, a depender de se estar perante uma hipótese de resolução legal, a ruptura do vínculo contratual só será determinada mediante sentença, ao passo que para a outra espécie a denúncia operará efeitos imediatos.

⁹³ Sendo um direito cujo reconhecimento depende da manifestação da vontade, nem por isso a regra do art. 475 do Código Civil é dispositiva, nem pode o titular “renunciar” previamente ao direito de resolver. As normas jurídicas ou são “cogentes”(incidem sempre, ainda que as partes não o queiram, por serem uma “regulamentação inspirada no interesse público”), “dispositivas”(“somente incidem se os interessados não regram seus interesses”) ou “interpretativas” (incidem se houver dúvida no estabelecido pelas partes)(AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos contratos por descumprimento do devedor: resolução. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2004, p. 33)

⁹⁴ Se o direito de resolução não é passível de prescrição, por inconciliável com sua natureza jurídica, nem de preclusão, por ausência de previsão legal, é preciso observar que o direito de crédito pode ter sua pretensão encoberta pela prescrição (prescrição de ação pessoal), persistindo o direito, porém, não mais exigível. Nesse caso, ensina PONTES DE MIRANDA, na sua precisão inexcusável: “se o credor não mais podia cobrar, não mais pode pedir a resolução ou resilição por inadimplemento porque o réu não mais tem obrigação de prestar, embora deva. Não há prescrição; há encobrimento do elemento, inadimplemento, necessário ou suporte fático da resolução ou da resilição (AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos contratos por descumprimento do devedor: resolução. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2004, p. 37).

⁹⁵ Os direitos formativos se extinguem pelo seu exercício, razão pela qual da manifestação da vontade resolutiva costuma-se dizer que é “irretratável”. Contudo, a visualização do contrato no seu aspecto finalístico revela que o estado ideal a atingir consiste no normal cumprimento das obrigações assumidas, por isso nada impede que o credor – respeitado o princípio da boa-fé – volte atrás no seu propósito de extinguir a relação e retorne à sua pretensão de receber a prestação contratada (AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos contratos por descumprimento do devedor: resolução. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2004, p. 41).

⁹⁶ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos contratos por descumprimento do devedor: resolução. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2004, p. 61-62.

As causas que poderão ensejar a resolução por descumprimento definitivo são classificadas por RUY ROSADO DE AGUIR JUNIOR (i) quanto a impossibilidade total da prestação; (ii) quanto a inutilidade da prestação ao credor pelo decurso do tempo; e (iii) quanto a modificação superveniente das circunstâncias⁹⁷, de maneira que sobre a impossibilidade total da prestação, ela será aferida quando sobrevier “obstáculo invencível ao cumprimento da obrigação, seja de ordem natural ou jurídica”⁹⁸, destacando-se que a impossibilidade poderá ocorrer por culpa do devedor ou a sua revelia, constatação que, para o primeiro caso, ensejará o direito potestativo do credor extinguir a obrigação e requerer perdas e danos (ou, no nosso caso, pedir o adimplemento da cláusula penal) ou, na ocorrência da segunda hipótese, ensejar o direito ao credor de resolver a obrigação sem o direito à indenização (ou ao cumprimento da cláusula penal).

Essa temática se transforma e ganha contornos expressivos quando se considera a impossibilidade pelas lentes das teorias da onerosidade excessiva e da violação positiva do contrato. JORGE CESA FERREIRA DA SILVA compreende a violação positiva do contrato como um descumprimento culposos de um ou mais deveres de lateral conduta estabelecidos ou não no âmbito do contrato entre as partes e que informa não só o que se presta, mas a forma como se deverá prestar, de maneira eficiente e satisfativa, a obrigação para a outra parte. Nas palavras do autor:

A importância do tema, portanto, encontra-se na demonstração de que os casos de descumprimento de deveres laterais configuram verdadeiros casos de inadimplemento, em essência nada distintos dos descumprimentos dos deveres de prestação, capazes de provocar todos os efeitos comuns ao inadimplemento, como o direito de resolução e a possibilidade de oposição do contrato não cumprido. Por certo que, sejam os casos classificados como inadimplemento, sejam como descumprimento de deveres gerais de conduta, a responsabilização civil do sujeito ativo do dano nascerá. Contudo, o que se busca demonstrar é que, por vezes, o nascimento do dever de indenizar não representa a realização dos legítimos interesses do lesado. Assim, deixar de classificar as hipóteses de *violação positiva do contrato* como inadimplemento significa só restringir, injustificadamente, o âmbito do descumprimento

⁹⁷ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos contratos por descumprimento do devedor: resolução. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2004, p. 61-62

⁹⁸ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos contratos por descumprimento do devedor: resolução. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2004, p.91.

obrigacional, como também – e principalmente – limitar a proteção do contratante lesado⁹⁹.

A conceituação da onerosidade excessiva, por sua vez, é realizada por FLÁVIO TARTUCE, como um “evento extraordinário e imprevisível que dificulte extremamente o adimplemento do contrato, gerando a extinção do negócio de execução diferida ou continuada (trato sucessivo)”¹⁰⁰.

Ambas as possibilidades maximizam a análise do interprete em relação a impossibilidade total da prestação, indicando ou excluindo a responsabilidade do devedor pela ocorrência do descumprimento¹⁰¹.

Desta maneira, a correlação que se estabelece entre o inadimplemento contratual e a cláusula penal no Brasil está adstrita aos seus efeitos, da maneira que operado o inadimplemento absoluto teria incidência imediata a cláusula penal de cariz compensatório, ao passo que na ocorrência do inadimplemento relativo, ensejar-se-ia a aplicação da cláusula penal moratória.

Não se encontra na doutrina atual uma superação dessa divisão que, consoante será demonstrado adiante, não realiza todas as possibilidades da cláusula penal no ordenamento jurídico brasileiro, da mesma forma como não impedem que outras maneiras de pensar a figura jurídica, modelando-a em atenção ao programa contratual, ofertando às partes maior controle em relação aos seus efeitos.

Nesse sentido, nada impediria o estabelecimento de uma cláusula penal cuja finalidade fosse coercitiva para a hipótese de inadimplemento absoluto, da mesma forma como não haverá obstáculo no ordenamento jurídico para a constituição de uma cláusula penal que preveja uma *quantum* predeterminado de

⁹⁹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira. A boa-fé e a violação positiva do contrato. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 273-274.

¹⁰⁰ TARTUCE, Flávio. Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

¹⁰¹ Além de uma conduta contrária ao dever de cuidado (negligência) e à ordem jurídica (ilicitude), é preciso ainda que se possa lançar sobre o contratante um juízo de reprovação, de censurabilidade. Este somente existirá quando o autor daquela conduta (dolosa ou culposa) tiver capacidade civil e praticar a ação em condições de lhe ser exigível comportamento adequado, conforme as normas de dever, os preceitos da lei, as cláusulas do contrato e as exigências dos princípios que norteiam o direito das obrigações (AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos contratos por descumprimento do devedor: resolução. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2004, p.108)

indenização na ocorrência da mora. Indo mais além, poderão, inclusive, as partes determinarem outra prestação a ser realizada pelo devedor caso a prestação principal não tenha sido cumprida no tempo, no local e da forma estabelecida entre as partes, dando ensejo, portanto, ao inadimplemento.

O inadimplemento, portanto, é *conditio sine quo non* para a incidência da cláusula penal, entretanto, a modalidade que o informa não possui o condão de predeterminar a espécie de cláusula penal que terá incidência no, pois, conforme será mais bem analisado adiante, a verificação da natureza e da função da referida figura jurídica não se dá a partir do contrato e em respeito ao programa contratual, encontrando limites apenas na moldura legislativa que comporta a fotografia material do acordo de vontades.

Deste modo, é significativo do desenvolvimento da ideia da função como elemento definidor da espécie de cláusula penal, sendo necessário estabelecer nos próximos capítulos as premissas que nos permitem antever a superação da concepção histórica pelo estabelecimento da interpretação tópico sistemática da cláusula penal no ordenamento jurídico brasileiro, de maneira a se concluir sobre sua natureza, função, limites e possibilidades no Brasil.

CAPÍTULO 3. DO SIGNIFICATIVO PAPEL EXERCIDO PELA FUNÇÃO DA CLÁUSULA PENAL EM SUA RESSIGNIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA: DA SUPERAÇÃO DO MODELO HISTÓRICO PARA A CONSAGRAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO TÓPICO-SISTEMÁTICA.

Nos capítulos anteriores, a pesquisa se ateve a demonstrar o caminho percorrido pela cláusula penal no Brasil, desde o seu estabelecimento no Código Civil de 1916 até a sua inserção no Código Civil de 2002. Essa análise foi realizada para se estabelecer a moldura sobre a qual a figura jurídica foi apreendido pela civilística brasileira.

A análise das ideias defendidas por vários autores acerca da figura jurídica, nesse sentido, foi devidamente registrada, enunciando-se os pressupostos sobre os quais se desenvolveram suas teses e como essas construções influenciaram o posicionamento judicial em relação aa figura jurídica, tendo sido demonstrado que o aspecto indenizatório da cláusula penal reverbera perante a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça.

O propósito, entretanto, para esse caminhar não foi o de reconhecer o passado para afirmar a sua contemporaneidade, mas o de analisar as construções outrora desenvolvidas para verificar a possibilidade da ressignificação da cláusula penal no Brasil. Nesse sentido, a análise da doutrina clássica alicerçou as contemporâneas interpretações funcionalizadas da cláusula penal, tendo em vista que a sua função, mesmo em período mais retraídos no tempo, nunca foi desconsiderada.

As classificações realizadas pela doutrina sempre levaram em consideração a função exercida pela cláusula penal. Contudo, para a doutrina clássica essa função seria sempre indenizatória na hipótese de descumprimento absoluto ou sancionatória na ocorrência do descumprimento relativo. A flexibilização da divisão, entretanto, não foi levada a efeito pela doutrina clássica por ter ela, nesse ponto, sempre se rendido ao fundamento histórico acerca da figura jurídica, ou seja, a análise da gênese da matéria para a sua conformação atual no âmbito do direito das obrigações brasileiro.

É por essa maneira que CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA inicia suas considerações acerca da natureza jurídica da cláusula penal conduzindo o seu leitor

pela influência da *stipulatio poenae* romana no desenvolvimento da figura jurídica¹⁰², ao passo que ORLADO GOMES, embasado na doutrina francesa, considera a função desenvolvida pela cláusula penal como estritamente indenizatória¹⁰³, tendo em vista a influência canonista na compreensão francesa que acabou sendo introduzida no *Code* de 1804.

Essas concepções, entretanto, não consideravam a possibilidade da autonomia privada ditar a função exercida pela cláusula penal em um determinado negócio jurídico, razão pela qual a discussão levada a efeito pela doutrina clássica se pautava apenas na gênese da figura jurídica ou nas limitações realizadas pelo modelo legislado levado a efeito pelo legislador brasileiro, tanto no Código Civil de 1916 quanto no Código Civil de 2002.

O presente capítulo, portanto, buscará afastar a longa controvérsia havida entre unitaristas e dualistas em relação à natureza jurídica da cláusula penal pela elevação do caráter funcional da figura jurídica, determinado pelas partes no âmbito de sua autonomia privada e limitado pelas normas cogentes determinadas pelo legislador.

Para essa superação, entretanto, serão destacados os pressupostos que embasam o posicionamento de unitaristas e dualistas em relação a cláusula penal, bem como será demonstrada que a existência dessas circunstâncias não impedem a realização de uma cláusula penal com caráter ora indenizatório, ora sancionatório em um determinado negócio jurídico.

Nesse mesmo sentido, as possíveis objeções levadas a efeito pela escolha legislativa levada a efeito no Brasil também serão postas em destaque, analisando-se os pontos sobre os quais se interpreta a impossibilidade de um modelo estritamente indenizatório em relação à figura jurídica. Isto, contudo, não esgota a temática que será adiante retomada sob a forma de uma análise crítica focalizada na função da figura jurídica ante a impossibilidade da sua vertente estritamente compulsória.

¹⁰² PEREIRA, Caio Mário da Silva. Teoria geral das obrigações. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 141.

¹⁰³ GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, 190.

A redescoberta da função exercida pela cláusula penal em um determinado negócio jurídico pode ser atribuída, entre outros, a ANTÓNIO PINTO MONTEIRO¹⁰⁴, que diante da realidade portuguesa, sem desconsiderar, entretanto, o direito comparado, buscou analisar os pressupostos metodológicos de unitaristas e dualistas para desvelar que a discussão em relação à natureza jurídica da cláusula penal não se restringe a um modelo único, ou a um modelo híbrido, mas comporta uma série de modelos que ficarão à escolha das partes no âmbito de sua autonomia privada.

Nesse sentido, a pesquisa ofertará uma seção para o conhecimento acerca da proposta de uma leitura funcionalizada da cláusula penal realizada por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, sendo analisado as espécies funcionais de cláusula penal desenvolvida pelo autor no âmbito de sua pesquisa acadêmica¹⁰⁵.

Assim, a cláusula penal será analisada tanto no seu aspecto indenizatório quanto no seu aspecto sancionatório, sem olvidar, ademais, da possibilidade de uma nova prestação na hipótese de inadimplemento, oportunidade que surgirá ao credor inocente o direito potestativo de requerer a nova prestação ou pleitear o cumprimento em espécie ou, a depender das circunstâncias do caso, a satisfação pelo equivalente.

Definido, por conseguinte, a proposta e o objetivo do presente capítulo, passa-se doravante a analisar a superação das visões unitária e dualista acerca da natureza jurídica da cláusula penal pela consideração da sua funcionalização.

¹⁰⁴ MONTEIRO, António Pinto. Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2003

¹⁰⁵ MONTEIRO, António Pinto. Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2003.

3.1 A superação da controversa discussão entre unitaristas e dualistas: a cláusula penal interpretada a partir da sua função.

A história acerca da cláusula penal evidencia uma prolongada discussão estabelecida entre destacados pesquisadores do direito civil ocidental acerca de sua natureza e função, sendo certo que até os dias atuais contemporâneos pesquisadores ainda divergem em relação a algumas especificidades da figura jurídica, fazendo com que o tema se mantenha indefinido, uma vez que não se visualiza uma posição peremptória sobre a discussão.

A sistematização romana da cláusula penal, fundada na *stipulatio poenae*, teve o condão de inaugurar a percepção sancionatória acerca da figura jurídica, sendo a cláusula penal identificada como uma pena privada operada a partir do inadimplemento e com a finalidade precípua de impulsionar o devedor ao escreteito adimplemento da obrigação.

Solenemente estabelecida no âmbito de uma relação obrigacional, a *stipulatio poenae* romana pretendia oferecer ao credor maiores garantias em relação ao adimplemento, notadamente por relevada do *ius cillivile* para ter aplicabilidade ao *ius gentium*, a figura jurídica se dessacralizava no intuito de instrumentalizar a obrigação, reforçando o limite estabelecido entre credor e devedor por intermédio da *stipulatio*. A característica da *stipulatio poenae* romana, nesse sentido, era estabelecida pela ausência de limites para a sua estipulação, a insuscetibilidade de redução do seu montante e a possibilidade de indenização suplementar, pretensão esta atrelada ao interesse lesado¹⁰⁶, elementos que atestavam a sua função exclusivamente sancionatória.

O declínio da hegemonia do caráter sancionatório da cláusula penal determinado pela inserção da *stipulatio poenae* no cerne da obrigação é tributado à interferência canonista na interpretação legal da matéria, cujo fundamento teria derivado da preocupação secular da Igreja na vedação da usura, haja vista a ofensa direta que a realização do mútuo feneratício operada às escrituras, ferindo de morte, portanto, dogmas eclesiásticos¹⁰⁷.

¹⁰⁶ MONTEIRO, António Pinto. Cláusula penal e indemnização. Coimbra: Almedina, 1990, p. 361.

¹⁰⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro. 2006. 418 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 42.

A influência da doutrina católica na releitura da cláusula penal no direito medieval tinha o fito de promover substituir a pena pelo interesse, de maneira que não conformaria a pretensão do credor o estabelecimento de uma multa para a hipótese do inadimplemento contratual, sendo certo, porém, que o seu interesse na materialidade dessa hipótese seria a sua devida indenização, esta estabelecida no montante adequado para fazer frente a possíveis perdas e danos advindos do descumprimento.

À medida que se fazia singela conformava, entretanto, uma profunda rotação na compreensão da natureza e função da cláusula penal no tempo e no espaço, de maneira que de instrumento sancionatório e modelador do escorrito adimplemento contratual, a cláusula penal passou a ter uma função estritamente compensatória, estabelecida preventivamente e em montante predeterminado para indenizar os prejuízos advindos de um determinado, mas não desejado, inadimplemento contratual.

O caráter compensatório da cláusula penal foi apreendido pela doutrina oitocentista, que, convidada a redigir um Código que lançaria luzes no mundo e promoveria uma revitalização da justiça e da sociedade, trouxe consigo esses elementos e os positivou, identificando a cláusula penal como uma espécie de disposição contratual preestabelecida com o fito de se predeterminar o valor da indenização na hipótese do inadimplemento, sendo por isso que ROBERT JOSEPH POTHIER afirmava que essa “pena é estipulada com a intenção de indenizar o credor pela inexecução da obrigação principal; é uma compensação, portanto, por perdas e danos sofridos pela inexecução da obrigação principal”¹⁰⁸.

A consagração, entretanto, da natureza e da função compensatória da cláusula penal no Código Civil francês não fulminou a discussão que já se estabelecia em relação à figura jurídica, ocasião em que começou a germinar a concepção eclética da cláusula penal, embasada na visualização de uma dupla função para a figura jurídica. A cláusula penal não seria mais entendida em sua visão unitária, seja ela na concepção sancionatória, advinda da influência romana, nem tampouco em sua concepção compensatória, substrato da intervenção canonista a interpretação e aplicação da figura jurídica. A cláusula penal seria

¹⁰⁸ POTHIER, Robert Joseph. Tratado das obrigações. Campinas: Servanda, 2001, 298.

doravante mista (ou eclética), conformando a um só tempo os aspectos sancionatório e indenizatório.

O Brasil não ficou a parte nesse debate, de maneira que também se observou em destacados estudos acerca da cláusula penal estabelecida no Código Civil brasileiro uma divergência em relação à natureza e a função da cláusula penal no território nacional, tendo sido desenvolvido uma variada gama de argumentos para buscar legitimar a verdadeira interpretação da figura jurídica nacional.

A teoria unitária é defendida no Brasil por autores como ORLANDO GOMES¹⁰⁹, GUSTAVO TEPEDINO¹¹⁰ e OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR¹¹¹, que embasados na teoria tradicional e analisando as normas contidas no Código Civil brasileiro, asseveraram inexistir no Brasil uma cláusula penal de feição exclusivamente sancionatória, da mesma forma que identificaram a impossibilidade de uma cláusula penal possuir, ao mesmo tempo, a função sancionatória e compulsória.

Esta concepção compensatória se escora em quatro pilares que, segundo asseveram seus defensores, suprimem a existência de uma cláusula penal no Brasil como caráter exclusivamente sancionatório, uma vez que a (i) possibilidade de redução do seu montante por intervenção do juiz, (ii) a limitação da sua estipulação ao valor da prestação principal, (iii) a definição da pena como o mínimo da indenização devida em virtude do inadimplemento, e (iv) o aperfeiçoamento de técnicas processuais aptas a substituir a vontade do devedor ao adimplemento da obrigação não se harmonizariam com uma finalidade sancionatória da figura jurídica, tendo em vista que essas características abrandariam o seu efeito e fariam com que o receio da pena praticamente inexistisse.

A teoria eclética, de outro lado, é sustentada por autores como CLÓVIS BEVILÁQUA¹¹², PONTES DE MIRANDA¹¹³, RUBENS LIMONGI FRANÇA¹¹⁴, CAIO

¹⁰⁹ GOMES, Orlando. Obrigações. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, 190.

¹¹⁰ TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 47.

¹¹¹ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro. 2006. 418 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 228-229.

¹¹² BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das obrigações. 5 ed. Editora Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 1940.

¹¹³ MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado: parte especial: tomo XXVI: direito das obrigações. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

¹¹⁴ FRANÇA, R. Limongi. Teoria e prática da cláusula penal. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 157.

MÁRIO DA SILVA PEREIRA¹¹⁵, SILVIO RODRIGUES¹¹⁶, SÍLVIO DE SALVO VENOSA¹¹⁷, MARIA HELENA DINIZ¹¹⁸ e CARLOS ROBERTO GONÇALVES¹¹⁹, que anteveem na figura jurídica uma bifuncionalidade, possuindo a cláusula penal um aspecto sancionatório, decorrente da imposição da pena na hipótese de inadimplemento contratual e, por outro lado, de prefixação do montante devido à título de pena, valor que indenizaria os prejuízos decorrentes do inadimplemento.

Para esta concepção, o caráter sancionatório seria indene da figura jurídica, não podendo se falar de uma cláusula penal destituída de sua função sancionatória. A base para tal assertiva decorrida do aparato histórico que se fundou a cláusula penal, havendo um forte esforço doutrinário para integrar a figura jurídica previsto no Código Civil brasileiro contemporâneo com a ideia da *stipulatio poenae* romana. De outro lado, porém, o caráter indenizatório da pena adviria do texto legislado, de maneira que não se poderia se visualizar uma cláusula exclusivamente sancionatória diante do enquadramento da matéria perante a lei¹²⁰.

Ambas as concepções objetivam uma compleição universal do assunto embasada exclusivamente no modelo legal estabelecido no Código Civil sobre a matéria, de maneira que a natureza e a função da cláusula penal seria indenizatória ou eclética, cujos efeitos na primeira estariam adstritos a compensar as perdas e danos decorrentes do inadimplemento, e na segunda decorreriam do sucesso da ameaça no adimplir da obrigação e na imposição do dever de indenizar os prejuízos

¹¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Teoria geral das obrigações. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

¹¹⁶ RODRIGUES, Silvio. Direito civil: parte geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002.

¹¹⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

¹¹⁸ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

¹¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹²⁰ Discute-se qual a finalidade ontológica da pena convencional: se garantia do inadimplemento da obrigação, ou se liquidação antecipada das perdas e danos. Com o primeiro destes objetivos, traz consigo um reforço do vínculo obrigacional: o devedor, que já o é em razão da *obligatio*, reforça o dever de prestar com o ajuste de multa, que lhe pode exigir o credor se vem a faltar ao cumprimento da obrigação. Simultaneamente com esta finalidade, a lei admite que a inexecução faculta ao credor a percepção da cláusula penal, que figura conseqüentemente como a liquidação antecipada das perdas e danos, em que normalmente se converteria o inadimplemento. A finalidade essencial da pena convencional, a nosso ver, é o reforçamento do vínculo obrigacional, e é com este caráter que mais assiduamente se apõe à obrigação (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Teoria geral das obrigações. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, 141-142).

no fracasso da coação. O modelo legislado limitaria, portanto, as possibilidades para a utilização da figura jurídica no âmbito da autonomia privada das partes.

Ocorre, entretanto, que a interpretação realizada por ambas as teorias intentam identificar a natureza e a função da cláusula penal no Brasil a partir das disposições contidas no Código Civil, desconsiderando, portanto, o programa contratual estabelecido pelas partes e interpretando as disposições contidas lei como limitadoras da figura jurídica, justificando-se, outrossim, a impossibilidade de se realizar outra cláusula penal diversa daquela erigida como a verdadeira para a teoria que se digna a explicar a figura jurídica.

Entende-se, entretanto, que as normas contidas em lei acerca do assunto não são limitadoras, antes preveem limitações para a utilização da figura jurídica, de maneira com que a natureza e a função da cláusula penal não podem ser aferidas a partir do texto legal, mas devem ser analisadas considerando as disposições contidas nas normas jurídicas estabelecidas pelo ordenamento jurídico para tratamento da matéria.

Isto porque, diante das disposições que conformam a cláusula penal no Brasil, bem como considerado o espaço de liberdade que às partes é atribuído pelo ordenamento jurídico brasileiro, entende-se que o modelo legislativo é insuficiente para determinar a função da cláusula penal numa determinada relação jurídica, sendo imperioso, portanto, realizar a análise da cláusula penal a partir do contrato, do programa contratual estabelecido pelas partes e de acordo com os limites definidos pelo ordenamento jurídico.

Desta maneira, fica sem apoio a teoria unitária, uma vez que ao se interpretar a possibilidade de redução do seu montante e a limitação do seu valor ao equivalente da prestação principal reconhece-se que a cláusula penal será realizada não como objetivo de diminuir o campo de atuação da cláusula penal, mas com a finalidade de se assegurar a justiça contratual, aplicando-se a parte inadimplente uma pena proporcional aos danos por ela promovidos, bem como evitando o locupletamento indevido do contratante a quem a cláusula penal protege.

Essa circunstância, entretanto, não retira a funcionalidade que a cláusula penal pode adquirir em um determinado negócio jurídico, pois, ao estabelecer que

ela poderá ser reduzida judicialmente ou ao determinar que a sua pena não poderá superar o valor da prestação principal não se concebe que o caráter sancionatório desapareça, mas apenas se visualiza uma limitação à extensão dos seus efeitos, fazendo com que a cláusula penal deva ser estabelecida proporcionalmente e quantitativamente limitada pelas partes, não influenciando, entretanto, em sua funcionalidade.

A análise, portanto, acerca da natureza e função da cláusula penal não deve ser realizada a partir do texto legal. Para a correta análise da cláusula penal, deverá o intérprete investigar o programa contratual estabelecido pelas partes, de modo a compreender qual foi a função designada para a figura jurídica a fim de prover maior segurança e previsibilidade aos contratantes para o ocorrência do inadimplemento. Essa virada faz com que haja a superação da controversa discussão entre unitaristas e dualistas em relação à natureza e a função da cláusula penal no Brasil.

Identificar a natureza e a função da cláusula penal a partir do contrato e visualizar os seus limites pelo panorama legislativo faz com que a figura jurídica seja multifuncional, ora atuando com o escopo sancionatório, ora sobrelevando o caráter compensatório para a predeterminação do montante da indenização para um determinado contrato ou, ainda, ora prevendo a incidência de outra prestação decorrente do inadimplemento, opinião comungada por JORGE CESA FERREIRA DA SILVA, que aduz em face disso:

tem-se verificado uma forte tendência doutrinária, ainda que não absoluta, de romper com a visão da cláusula penal coma figura jurídica dotado de um “núcleo duplo”, penal e pré-liquidatório do dano. Sobretudo a partir da publicação de leis que, em diversos países, permitiram a intervenção judicial para evitar abusos cometidos pela inserção de cláusulas penais em contratos, vem sendo repensada a ideia da equiparação hierárquica entre essas duas funções, do que se segue a admissão de duas cláusulas de atuação semelhantes mas distintas em essência – a cláusula penal, com precípua finalidade

coercitiva, e a cláusula de perdas e danos, com função fundamentalmente ressarcitória.¹²¹

Refletir sobre a ambiência em que se irá estabelecer o ponto de partida para a análise da figura jurídica é de sobremaneira importante para a comparação do resultado. O que a presente pesquisa intenta destacar é que o local onde as teorias unitária e eclética buscam o seu fundamento está deslocado, tendo em vista a insuficiência do modelo legislado para tratar à exaustão do assunto.

Analisar a cláusula penal a partir do programa contratual estabelecido pelas partes conduzirá o intérprete a visualizar a superação da controvérsia existente entre unitaristas e dualistas para a explicitação da natureza e função da cláusula penal no Brasil, de maneira que as construções acadêmica até então nucleadas deverão ser analisadas abaixo de uma ideologia que informará a completude da questão, que é empoderar as partes em relação ao estabelecimento de deveres e obrigações com fulcro e sua autonomia privada.

Desta maneira, a análise acerca da cláusula penal no Brasil não pode se conformar a reproduzir assistematicamente o conteúdo dos artigos 408 a 416 do Código Civil brasileiro, da mesma forma como não pode compreender as regras acima referidas como limitadoras das possibilidades da figura jurídica no nosso ordenamento, sendo necessária, portanto, a realização do estudo focado na função da cláusula penal em um determinado negócio jurídico e nas limitações que a figura jurídica recebe do ordenamento jurídico para cumprir ao desiderato contido nos princípios da eticidade e socialidade que informam o direito civil.

Impende doravante realizar uma análise funcionalista da cláusula penal, utilizando-se, para tanto, das pesquisas realizadas por António Pinto Monteiro em relação ao assunto. A análise empreendida pelo referido autor informa às possibilidades que a presente pesquisa visa assimilar e conformam, ademais, um conjunto de argumentos que permitem visualizar outras funções para a cláusula penal no Brasil.

¹²¹ SILVA, Jorge Ferreira da. Inadimplemento das obrigações. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 239-240.

3.2 A proposta de António Pinto Monteiro para a releitura da cláusula penal.

A tese defendida por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO acerca da cláusula penal e indenização é leitura obrigatória àqueles que pretendem se aprofundar quanto ao assunto, não só pelo fato de haver sido construída sob robusta pesquisa histórico-dogmáticas, mas também por trazer inovações quanto a interpretação da figura jurídica e suscitar reflexão acerca da recepção de suas conclusões diante da realidade brasileira.

Recapitulando o percurso realizado por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO para alicerçar o desenvolvimento de sua tese, a sua obra consignou a disputa trava entre unitaristas – divididos entre defensores da natureza estritamente compulsória e defensores da natureza indenizatória da cláusula penal – e dualistas – defensores da natureza mista da cláusula penal, alguns dando supremacia ao aspecto indenizatório frente ao compulsório e outros o inverso –, estabelecendo as diretrizes para o ponto de partida para cada acepção.

Posteriormente, esclarecido os quadrantes entre os quais se posiciona cada teoria, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO se propôs a analisar seus pressupostos e criticá-los, de maneira a conceber se apenas uma ou outra acepção poderia realmente conformar o fenômeno visualizado na observação dos efeitos práticos advindos da cláusula penal nos dias atuais, concluindo, ao final, que não, ou seja, que nenhuma acepção até então firmada em relação a natureza jurídica da cláusula penal sustentaria à exaustão as possibilidades antevistas na referida figura jurídica.

É então sobre essa consideração que ANTÓNIO PINTO MONTEIRO passa a investigar o fenômeno jurídico da cláusula penal para desenvolver a sua teoria acerca do caráter funcional da cláusula penal prevista no ordenamento jurídico português, retirando de posições singulares para inscrevê-la no âmbito plural de sua leitura. Nas palavras do autor:

A nossa discordância, no que concerne à posição tradicional, consiste, assim, na rejeição de que uma e a mesma figura possa constituir, ao mesmo tempo, uma sanção e uma indemnização. A nosso ver, para poder actuar como sanção, a pena terá de afastar-se do modelo indemnizatório, e vice-versa. O que significa, numa

palavra, que é a tese da dupla função e a da natureza híbrida ou mista da cláusula penal que se rejeita¹²².

A rejeição de ANTÓNIO PINTO MONTEIRO aos modelos até então propostos para a leitura da cláusula penal no direito português parte do pressuposto da incompletude das preposições até então desenvolvidas para dar conta do manancial de possibilidades que advirão da força criativa dos fatos e da vontade livre, orientada e consensualmente estabelecida pelas partes para reger os seus negócios jurídicos.

Neste sentido, o referido autor sustenta a possibilidade não haver apenas uma espécie de cláusula penal, definida entre as teorias unitária ou dualista, mas um feixe de possibilidades advindas da vontade estabelecida entre as partes no âmbito de sua autonomia privada. Ou seja, ao invés da cláusula penal possui a concepção legal determinando sua natureza indenizatória, sancionatório ou mista, a definição em relação à natureza jurídica da espécie se daria em cotejo com o que foi previsto pelas partes em contrato.

Todavia, mesmo diante desse conjunto mais alargado acerca da concepção da natureza jurídica da cláusula penal, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO destaca impossibilidade de sustentação da teoria mista da referida figura jurídica, tendo em vista, nesse aspecto, a sua contradição em termos, pois o que indeniza não sanciona e o inverso reciprocamente.

Quanto a esse ponto, NELSON ROSENVALD também destaca a incoerência da proposição, aduzindo que “um único modelo jurídico – cláusula penal – não pode ao mesmo tempo atuar como indenização e sanção. Cogitar de uma ‘indenização sancionatória’ é uma impossibilidade lógica, uma contradição em termos”, isto porque, para o referido autor, ou “a cláusula penal será uma sanção compulsória ou funcionará como pré-estimativa convencional de danos”¹²³, pois:

¹²² MONTEIRO, António Pinto. Cláusula penal e indemnização. Coimbra: Almedina, 1990, p. 20.

¹²³ ROSENVALD, Nelson. A pena privada nas relações negociais. São Paulo: Lumen Juris, 2007, p. 82.

A cláusula de liquidação antecipada de danos objetiva compensar o prejuízo causado ao credor da obrigação pelo descumprimento da obrigação. Essencial à satisfação do prejuízo é a noção de equivalência entre o dano causado e a indenização. Por outro lado, o âmago da ideia da pena não se relaciona com o conceito de equivalência, mas de atribuição de uma sanção ao causador do dano¹²⁴.

Dito em outros termos, se a finalidade estatuída em contrato for a de sancionar o devedor pelo descumprimento da obrigação, essa finalidade não será conquistada com a aposição de uma cláusula com a finalidade indenizatória, que como tal tem por objeto restabelecer o equilíbrio contratual em decorrência do descumprimento de outrem.

É, portanto, sobre essas considerações que ANTÔNIO PINTO MONTEIRO irá se debruçar sobre o estudo da cláusula penal, focalizando-a em sua função perante o negócio jurídico, para concluir haver três espécies de cláusula penal, a saber: (i) a cláusula penal em sentido estrito; (ii) a cláusula penal puramente compulsória; e (iii) a cláusula penal enquanto fixação antecipada do montante da indenização.

Essas espécies, segundo o autor, melhor conformariam a figura jurídica ao desígnio consubstanciado pelas partes no contrato, assegurando-as que o modelo escolhido lhes dará maior segurança quando ao propósito definido quando da constituição do melhor modelo de cláusula penal em um determinado contrato.

A abertura da concepção unitária ou dualista da cláusula penal para a concepção plural de leitura da cláusula penal realizada por ANTÔNIO PINTO MONTEIRO tem o mérito de dinamizar a forma e a maneira como o interprete do contrato resolverá a controvérsia posta a sua decisão, extraíndo do contrato a metodologia a ser aplicada na hipótese de inadimplemento. Nas palavras do autor:

Passa a relevar, portanto, o escopo que determina a estipulação da cláusula – escopo esse outrora indiferente, uma vez que, fosse qual fosse a intencionalidade dos contraentes, isso não conduziria a uma diferenciada qualificação da figura ou do seu regime.

¹²⁴ ROSENVALD, Nelson. A pena privada nas relações negociais. São Paulo: Lumen Juris, 2007, p. 83.

Abandonou-se, por conseguinte, o conceito unitário de cláusula penal, passando a distinguir-se, no seio desta, consoante a finalidade das partes, entre a cláusula penal propriamente dita e a cláusula de fixação antecipada da indemnização¹²⁵.

À vista disso, portanto, é que o estabelecimento das três espécies de cláusula penal defendidas por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO – a saber: (i) cláusula penal em sentido estrito; (ii) cláusula penal puramente compulsória; e (iii) cláusula penal enquanto fixação antecipada do montante da indemnização – devem ser melhor explicitadas para que, adiante, possa o presente estudo sopesar se as inclinações defendidas por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO podem ser recepcionadas pelo ordenamento jurídico brasileiro e, sendo possível, se seria na sua totalidade ou necessitariam de mitigações.

A primeira espécie de cláusula penal definida por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO seria aquela denominada de cláusula penal de fixação antecipada do montante da indemnização. Para o autor, essa cláusula seria definida pelas partes com o fim precípuo de apenas liquidar, antecipadamente, o dano futuro, fazendo com que as partes minimizem os custos que teriam que incorrer na hipótese de discutir o *quantum debeatur* em juízo. Nesse sentido, ensina o autor que:

Ao estipulá-la [cláusula penal de fixação antecipada do montante da indemnização], visam [as partes], tão-só liquidar antecipadamente, de modo *ne varietur*, o dano futuro. Pretendem as partes, desta forma, evitar os litígios, as despesas e demoras que uma avaliação judicial da indemnização sempre acarretará, à qual é inerente, por outro lado, uma certa álea. Ao mesmo tempo que o credor se furta ao encargo de ter de provar a extensão do prejuízo efetivo, o devedor previne-se quanto a uma indemnização avultada, superior às suas expectativas. Numa palavra, acordando-se num montante indenizatório predeterminado, as vantagens e os inconvenientes que daí poderão advir são compartilhados pelos dois contraentes: ambos conhecem, de antemão, as consequências de um eventual inadimplemento, e um e outro se submetem ao risco de o prejuízo efetivo ser consideravelmente menor ou maior do que a soma prevista.

Daí, precisamente, que o credor não possa, em princípio, optar pela indemnização nos termos gerais, em vez da soma prefixada, pois isso implicaria violar o acordo anterior, onde se estabeleceu a indemnização a que ele teria direito. Acordo esse, como vimos, que não é estabelecido no seu exclusivo interesse, mas no de ambos os contraentes, pelo que se o credor pudesse, sem mais, fazer a

¹²⁵ MONTEIRO, António Pinto. Cláusula penal e indemnização. Coimbra: Almedina, 1990, p. 602.

referida opção, isso significaria frustrar a expectativa do devedor ao subscrever a cláusula¹²⁶.

É dizer, em outras palavras, que a vontade externalizada pelas partes no contrato estabelece uma indenização pré-fixada para a hipótese de inadimplemento, estabelecendo *ad principio* o *quantum debeatur* será devido na ocorrência do descumprimento.

Ressalte-se, todavia, que o conhecimento de antemão em relação ao montante devida em virtude do inadimplemento não pode ser interpretado como uma possibilidade para uma mera análise econômica do inadimplemento, à medida que às partes não é facultado a escolha pelo cumprimento ou descumprimento de uma obrigação, isto porque, consoante exposto alhures, todas as obrigações são estabelecidas para o seu devido cumprimento, sendo os casos de descumprimento ocasiões acidentais que darão ensejo, nas hipótese de descumprimento culposos, às consequências previstas em lei.

Ademais, destaque-se que, independentemente da hipótese de haver no contrato cláusula de fixação antecipada de indenização por descumprimento culposos, a voluntariedade do descumprimento em decorrência de proposta mais vantajosa viola, a um só tempo, os princípios da força vinculante dos contratos, da boa-fé objetiva¹²⁷ e da função social do contrato¹²⁸, circunstância que poderá ensejar a condenação inadimplente não apenas pelo descumprimento, apenas e tão somente, da prestação, mas pela desatenção aos seus deveres laterais de conduta, especialmente aqueles firmados na lealdade e confiança¹²⁹.

¹²⁶ MONTEIRO, Antônio Pinto. Cláusula penal e indenização. Coimbra: Almedina, 1990, p. 603.

¹²⁷ Em suma, para delimitar o campo de atuação dos dois novos princípios consagrados pelo Código Civil de 2002 – a boa-fé objetiva e a função social do contrato – impõe-se acentuar o seguinte: a) ofende-se o princípio da boa-fé quando o contrato, ou a maneira de interpretá-lo ou de executá-lo redundam em prejuízo injusto para uma das partes; b) ofende-se a função social quando os efeitos externos do contrato prejudicam injustamente os interesses da comunidade ou de estranhos ao vínculo negocial (THEODORO JÚNIOR, Humberto. O contrato social e sua função. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 51).

¹²⁸ A função social do contrato consiste em abordar a liberdade contratual em seus reflexos sobre a sociedade (terceiros) e não apenas no campo das relações entre as partes que o estipulam (contratantes). Já o princípio da boa-fé fica restrito ao relacionamento travado entre os próprios sujeitos do negócio jurídico (THEODORO JÚNIOR, Humberto. O contrato social e sua função. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 31).

¹²⁹ As primeiras manifestações da ordem jurídica moderna, em torno do contrato, foram apenas de consagrar a liberdade negocial. Dentre dos limites da ordem pública, a autonomia da vontade reinaria absoluta. Depois vieram os anseios sociais e éticos, a exigir dos contratantes um comportamento

Aspecto interessante em relação à cláusula penal de fixação antecipada do montante da indenização é a constatação que a sua incidência apenas se dará naqueles casos em que a culpa vou comprovada no descumprimento da obrigação e, mais especificamente, naqueles casos em que o dano – e não a sua extensão, destaque-se – estiver presente:

Por outro lado, uma vez que esta cláusula se destina a liquidar o dano, a fixar o *quantum respondeatur*, naturalmente que o devedor só terá de pagar a soma preestabelecida caso seja responsável, o que não sucederá provando ele a sua falta de culpa. Assim como a mesma também não será devida provando o devedor a inexistência de qualquer dano: a falta deste retira toda e qualquer base à sua liquidação anterior.

Atente-se, porém, que isso não significa que esta cláusula haja de valer como simples *inversão* do *ônus da prova*, visto que o montante predeterminado entre as partes obsta a que o devedor venha a pretender – ainda que competindo-lhe a ele essa prova – a sua redução até o montante do dano efetivo, assim como obsta, em princípio, a que o credor obtenha indemnização maior do que aquela que foi previamente fixada. O caráter de liquidação *forfaitaire* impede qualquer pretensão ulterior em ordem a *ajustar* ou a *fazer coincidir* o montante indemnizatório predeterminado com o prejuízo real. Mas isso só significa, convém frisá-lo, que ficam arredadas, com a estipulação da cláusula, discussões posteriores sobre a *extensão* do dano efetivo – não, porém, sobre a própria existência do dano, *base* e *pressuposto* da liquidação operada¹³⁰.

A segunda espécie versada por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO em sua tese refere-se à cláusula penal puramente compulsória. Segundo o autor, o escopo dessa espécie seria notoriamente compulsivo-sancionatório, constituído como um acréscimo à execução específica da obrigação.

Esta segunda espécie relembra a *sitipulatio poenae* romana, ao passo que sua função limitar-se-ia a incutir no devedor o receio da majoração do débito na

que levasse em conta não apenas a liberdade negocial, mas que se sujeitasse também a valores outros como os preconizados pelo princípio da boa-fé e lealdade. E, por último, atribuiu-se ao contrato a submissão a uma função social. Tudo isto se fez com o propósito de introduzir na teoria a disciplina do contrato dados que não seriam localizados no psiquismo dos contratantes, mas que seriam extraídos objetivamente dos padrões médios de comportamento social exigidos para o normal desempenho da atividade econômica. Com isto, dados como “confiança e credibilidade” assumiram importante papel na “delimitação ao exercício de posições jurídicas” no tráfego do mercado (THEODORO JÚNIOR, Humberto. O contrato social e sua função. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 115).

¹³⁰ MONTEIRO, António Pinto. Cláusula penal e indemnização. Coimbra: Almedina, 1990, p. 603-604.

ocorrência do descumprimento, fazendo-o cumprir com a sua obrigação no tempo, forma e lugar devidos.

Objetando as oposições que se levantam quanto a juridicidade da referida espécie, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO sustenta que a sua legitimação não estaria vinculada aos preceitos contidos no Código Civil português em relação à cláusula penal, mas diante do princípio da liberdade contratual, sendo facultado às partes, no exercício de sua autonomia privada, estabelecer um *quantum* para reprimir eventuais descumprimentos¹³¹.

Nada obstante, também rechaça o autor a argumentação acerca da impossibilidade de sustentação da espécie em virtude da proibição do cúmulo da pena e, outrossim, da possibilidade de reparação suplementar. Quanto à primeira objeção, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO destaca que a finalidade puramente sancionatória não se concilia com o intuito indenizatório da cláusula de fixação antecipada de danos prevista no ordenamento jurídico português, sendo necessário observar que o interesse havido entre as partes quanto a esse tópico em nada se confunde com o interesse de se predeterminar o *quantum* devido em indenização:

Esta pena não é convencionada como *reparação* pelo dano do descumprimento, ela é *estritamente compulsória* exatamente porque não se destina a *substituir* o cumprimento da prestação ou a indemnização pelo não cumprimento, o que significa que esse interesse do credor não é considerado ao estipulá-la ela *não coenvolve* esse interesse, não constitui uma sua avaliação; assim não cumprindo o devedor *sponte sua*, o facto de a pena acrescer à execução específica ou à indemnização pelo inadimplemento não conduz a uma situação de *cúmulo*, pois o interesse que o credor satisfaz, por qualquer destas vias, *não coincide nem absorve* o que o levava a estipular a pena – essa falta de *identidade de interesse* exclui o *cúmulo*, razão por que a pena não é abrangida pela proibição constante do art. 811, n 1.¹³²

De outro lado, no que se refere à possibilidade de indenização suplementar, o autor distancia os efeitos decorrente da cláusula de fixação antecipada de perda e danos – que permite a indenização suplementar, caso não excepcionada pelas partes – da cláusula de carácter estritamente compulsório.

¹³¹ MONTEIRO, António Pinto. Cláusula penal e indemnização. Coimbra: Almedina, 1990, p. 605.

¹³² MONTEIRO, António Pinto. Cláusula penal e indemnização. Coimbra: Almedina, 1990, p.606.

Novamente, o interesse no estabelecimento das cláusulas seriam diversos e o fundamento para o cúmulo estaria contido no princípio da liberdade contratual, a saber:

Igualmente não depõe contra a sua validade o disposto no n. 2 da mesma norma [art. 811], a qual trata do dano excedente, ou seja, do problema de saber se o credor, *uma vez liquidada antecipadamente a indemnização*, poderá exigir um suplemento, caso o montante da soma acordada fique aquém do dano efectivo. Trata-se, manifestamente, portanto, de uma norma cuja doutrina só faz sentido em relação à espécie regulada na lei, de todo em todo inaplicável, porém, à pena compulsória, pois está *não é acordada para liquidar o dano*, antes por definição, como algo que *acresce* à indemnização nos termos gerais. O problema da reparação pelo dano excedente coloca-se, justamente, quando a pena constitui a *indemnização predeterminada*, não quando ela é acordada como um *plus*¹³³

A tese defendida por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO se sustenta na diferenciação dos interesses tutelados pelas espécies de cláusulas penais que podem incidir perante um mesmo negócio jurídico, bem como sobre o postulado da liberdade contratual das partes, que podem estabelecer em suas avenças – desde que o estabelecido não contrarie o ordenamento jurídico – considerações adicionais em relação ao instrumento de segurança ao cumprimento da prestação, no caso o estabelecimento de uma cláusula penal estritamente compulsória.

Por fim, a última espécie desenvolvida por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO para dar conta do fenómeno da cláusula penal em uma visão funcionalista seria aquela denominada de cláusula penal em sentido estrito ou cláusula penal propriamente dita.

Segundo o autor, o traço distintivo dessa modalidade recairia na constatação que o valor determinado à título de cláusula penal substituiria a própria realização da prestação principal e caso de descumprimento.

É dizer, concretizado o descumprimento, abre-se ao credor a possibilidade de pleitear a execução em espécie da obrigação principal ou, escolhendo a

¹³³ MONTEIRO, António Pinto. Cláusula penal e indemnização. Coimbra: Almedina, 1990, p.606-607.

incidência da multa, liberar o devedor de sua obrigação pelo pagamento da constrição.

A grande diferença entre essa cláusula e as suas antecessoras está na constatação e que, por um lado, ela não acresce à indenização, tal qual ocorre com a cláusula penal estritamente compulsória; e de outro, ela não visa a indenizar o credor pelo descumprimento da prestação principal e também não autoriza a indenização suplementar. É concluir: se o interesse do credor for pela reparação do descumprimento, deverá ele seguir pelas vias ordinárias da execução em espécie ou pelo equivalente, acrescida das perdas e danos ocasionados pelas circunstâncias; ao passo que se o seu interesse for aquele decorrente do levantamento do valor estabelecido à título cláusula penal em sentido estrito, a liberação do devedor em virtude do pagamento será consectário lógico dessa escolha e nada mais poderá reclamado a título algum:

Em *sentido estrito*, a pena visa *compelir* o devedor ao cumprimento – nisto se distingue ela da pena como liquidação do dano e se aproxima da pena estritamente compulsória. Todavia, ao contrário da última, a pena propriamente dita *substitui* a indemnização, quer dizer, *não acresce* a esta nem à execução específica da prestação – o que a aproxima da cláusula penal como indemnização predeterminada. Numa palavra, em sentido estrito, a cláusula penal visa compelir o devedor ao cumprimento, ao mesmo tempo em que leva à satisfação do interesse do credor¹³⁴.

Denota-se, portanto, que a grande contribuição que ANTÓNIO PINTO MONTEIRO oferta ao seus leitores à possibilidade de reanalisar a cláusula penal não sobre a estrutura estática e codificada presente em cada ordenamento jurídico, mas a possibilidade refletir sobre o referida figura jurídica à luz da autonomia privada e, mais especificadamente, considerando o interesse que motiva as partes a definir por um caminho ou outro.

Por consequência, a construção do pensamento sistemático do referido autor quanto a natureza jurídica da cláusula penal lança cores em um quadro completamente dominado por duas maneiras – uma com maior predominância que

134 MONTEIRO, António Pinto. Cláusula penal e indemnização. Coimbra: Almedina, 1990, p. 609.

a outra – de agir em relação ao referida figura jurídica, tirando da dogmática oitocentista e inserido na tópica o futuro da compreensão, extensão e aplicabilidade da cláusula penal no âmbito das relações interprivadas.

Reconhecida a proposta de ANTÓNIO PINTO MONTEIRO para a reinterpretação da cláusula penal na ambientalidade do direito civil¹³⁵, cumpre doravante compreender se essas reflexões são recepcionadas pelo ordenamento jurídico brasileiro e, se sim, em qual medida; se não, por qual ou quais razões.

135 Eis assim, para concluir, o essencial da nossa proposta, em alternativa à posição que, tradicionalmente, se vem sufragando e repetindo: cláusula penal e indemnização predeterminada não constituem, sempre e necessariamente, termos sinónimos, como sucede quando a primeira é estipulada a título compulsório, ou seja, enquanto específico mecanismo coercitivo ao cumprimento; neste caso, a sua natureza sancionatória impede que a consideremos como forma de liquidação prévia do *quantum respondeatur* (MONTEIRO, António Pinto. Cláusula penal e indemnização. Coimbra: Almedina, 1990, p. 760).

CAPÍTULO 4. NATUREZA E FUNÇÃO DA CLÁUSULA PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: DOS LIMITES E POSSIBILIDADES PARA COMPREENSÃO DA FIGURA JURÍDICA NO BRASIL.

O transcurso da pesquisa desenvolvido até o presente capítulo demonstra o estágio atual em relação à interpretação da cláusula penal no Brasil, enunciando a posição majoritária da doutrina em relação ao caráter misto do referida figura jurídica.

O quarto e último capítulo da pesquisa se destina a reforçar a nova interpretação acerca da natureza jurídica desta cláusula penal, não mais enclausurada em decorrência de uma interpretação histórica que informou a matéria no passado, mas centralizada na função que a figura jurídica exerce em um determinado negócio jurídico.

Desta maneira, os questionamentos acerca das possibilidades que uma cláusula penal poderá assumir em um determinado negócio será respondida considerando não apenas o texto legislado acerca da figura jurídica, mas também levando em consideração o poder criativo das partes na definição dos contornos do seu negócio, bem como considerando os princípios da função social do contrato e da vedação do enriquecimento sem causa que informam a releitura da figura jurídica e ofertam novas oportunidades criativas para as partes.

Nesta medida, a inserção de uma cláusula penal com caráter eminentemente sancionatório na hipótese do descumprimento absoluto de uma determinada obrigação contratual não encontra obstáculos perante a legislação atual. O que se tem no texto legislado é apenas uma limitação quantitativa do valor a ser estabelecido a título de pena, não havendo uma vedação para o estabelecimento de uma cláusula contratual nesse sentido.

A visualização da função a ser exercida pela cláusula penal no Brasil encontra defensores antes mesmo da revitalização do Código Civil operada em 2002. Já em 1988, R. LIMONGI FRANÇA defendia em monografia acerca do assunto¹³⁶ uma classificação da cláusula penal fundada, entre outros, na função exercida pela figura jurídica em determinado negócio jurídico. Essa interpretação se revela importante para o desenvolvimento da pesquisa, demonstrando que não é de

¹³⁶ FRANÇA, R. Limongi. Teoria e prática da cláusula penal. São Paulo: Saraiva, 1988.

hoje que tal aspecto da cláusula penal é revelado, sendo necessário, portanto, uma atualização em relação ao que se entende pela função exercida pela cláusula penal para a total apropriação da figura jurídica pela doutrina nacional.

Entretanto, mesmo a doutrina atual focalizada na função da cláusula penal no Brasil acaba por reduzi-la a um modelo unitário. O que a diferencia da doutrina clássica, entretanto, é que a supremacia do modelo indenizatória não decorre de uma construção histórica acerca da figura jurídica, mas corresponde a uma interpretação extraída das limitações que a cláusula penal recebe no ordenamento jurídico brasileiro¹³⁷.

Para essa parte da doutrina, portanto, a função exercida pela cláusula penal poderia, sim, estar adstrita ao projeto contratual estabelecido entre as partes. Contudo, considerando o modelo legislado brasileiro, essa possibilidade teria sido esvaziada quando da normatização da figura jurídica, tendo em vista que a limitação quanto ao valor da cláusula penal, a possibilidade da pena valor como mínimo de indenização, a possibilidade de redução equitativa pelo magistrado e a existência de tutelas processuais garantidoras do direito de crédito teriam enfraquecido o aspecto sancionatório da cláusula penal, devendo ser interpretado a figura jurídica como uma pré-estimativa dos valores devidos a título indenizatório.

Essa concepção, embora bem estabelecida sobre uma base doutrinária robusta, acaba por desconsiderar a força construtiva da autonomia privada, bem como desconsidera que a limitação não possui o condão de fulminar uma forma de se interpretar e fazer incidir a cláusula penal no Brasil. Nada obstante, a existência de técnicas processuais aptas a garantir o adimplemento da obrigação ou a satisfação da indenização devida não pode ser elemento integrante para a descaracterização dos aspectos compulsórios da cláusula penal.

Consoante será desenvolvido no presente capítulo, o estabelecimento de técnicas processuais aptas a garantir a conservação do crédito deve ser lida em conjunto com o estabelecimento da cláusula penal para o desenvolvimento do projeto contratual. Essas técnicas servem para que o desígnio do contrato seja

¹³⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro. 2006. 418 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

preservado, de maneira que elas podem muito bem se coadunar com os consectários jurídicos advindo do inadimplemento de um determinado contrato para que a satisfação do credor inocente seja devidamente atendida, preservando a espécie de cláusula penal proporcionalmente estabelecida para a hipótese.

Não se quer destacar, entretanto, que inexistente o modelo exclusivamente indenizatório da cláusula penal. Esse modelo não só existe como é importante para o desenvolvimento do programa contratual estabelecido pelas partes. O que se quer destacar e nesse sentido é bem desenvolvido por NELSON ROSENVALD, é que além do aspecto indenizatório, a cláusula penal também poderá ser estabelecida com uma finalidade exclusivamente compulsória¹³⁸.

A virada operada por essa forma funcionalizada de se interpretar a cláusula penal no Brasil está baseada, portanto, não em um desenvolvimento histórico que determina uma característica em detrimento da outra (modelo unitarista) ou, ainda, em uma característica em supremacia a outra (modelo misto), mas uma função diferente da outra. A cláusula penal terá a função definida pela partes e limitada pelas normas cogentes do ordenamento jurídico.

Desta maneira, a primeira subseção enunciará a teoria funcionalista desenvolvida com base na interpretação indenizatória acerca da figura jurídica. Em que pese a sua crítica em relação à impossibilidade de haver outras espécies de cláusula penal (inclusive aquela moratória que desde a doutrina clássica herdou o caráter sancionatório), o seu desenvolvimento é importante enquanto conformador de uma hipótese de estabelecimento da cláusula penal no ordenamento jurídico brasileiro.

A segunda seção, outrossim, abordará além da hipótese indenizatória, a possibilidade da conformação de uma cláusula penal exclusivamente sancionatória, erigida da vontade expressada pelas partes no negócio e limitada pela regras cogentes da figura jurídica.

O propósito do presente capítulo, portanto, é o de demonstrar que a cláusula penal não está enclausurada numa interpretação unitária ou mista da figura jurídica, estando conformada, isto sim, no programa contratual estabelecido pelas

¹³⁸ ROSENVALD, Nelson. A pena privada nas relações negociais. São Paulo: Lumen Juris, 2007.

partes. É dizer, se o desígnio para a inserção de uma cláusula penal em um determinado negócio jurídico informava o desejo das partes em sancionar o descumprimento, a sua natureza jurídica será sancionatória, ao passo que se o desígnio era estabelecer uma pré-liquidação das perdas e danos, o caráter indenizatório deverá ser reconhecido pelo intérprete do contrato quando da resolução do conflito.

Essa maneira de interpretar a cláusula penal terá o efeito de respeitar a autonomia privada, garantindo maior segurança e previsibilidade às partes em relação aos consectários jurídicos advindos do descumprimento, fazendo com que as relações comerciais possam se desenvolver dentro de um ambiente de proteção necessário para o estabelecimento de relações jurídicas duradouras.

4.1 A função exclusivamente indenizatória exercida pela cláusula penal: considerações acerca da tese desenvolvida por Otavio Luiz Rodrigues Junior.

A análise empreendida por OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR inaugura o presente tópico e será examinada com o objetivo de estabelecer a compreensão em relação ao estudo da cláusula penal no Brasil, de maneira a se concluir ao término dessa dissertação, os limites e possibilidades antevistos à cláusula penal no ordenamento jurídico brasileiro.

Desta maneira, visando abordar os aspectos mais relevantes que informam o estudo levado a efeito pelo referido professor focalizamos nossa análise nos argumentos por ele despendidos para a explicitação da natureza jurídica da cláusula penal.

Neste sentido, OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR inicia sua abordagem rememorando o conteúdo histórico que informou a tradicional concepção acerca da cláusula penal no ocidente e destacando, quanto a realidade da figura jurídica no Brasil, que “com as exceções de praxe, não se traduziu em uma tomada de posição na dogmática e jurisprudência nacional”, consignando, ademais, que “os grandes temas remanescem em derredor dos limites do valor da cláusula penal e das formas de intervenção judicial como controle de sua abusividade”¹³⁹, vivendo-se, portanto, na expressão do referido autor, “um paradoxo de uma cláusula penal fragilizada, como nunca antes, pela combinação de antigos grilhões à autonomia da vontade com novos instrumentos legais”¹⁴⁰.

A identificação da fragilidade da cláusula penal na teoria defendida por OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR advém daquilo que ele denomina por decadência da cláusula penal como instrumento de repressão ao inadimplemento, caracterizado em seu estudo por duas conjugações, uma dita intrínseca e a outra extrínseca da figura jurídica, ambas a justificar a debilidade da cláusula penal no ordenamento jurídico brasileiro.

139 RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro. 2006. 418 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 227.

140 RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro. 2006. 418 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 228.

Segundo o autor, a primeira conjugação classificada como intrínseca se caracterizaria na (i) limitação do montante da pena mediante determinação cogente do própria figura jurídica e, outrossim, na (ii) possibilidade de redução proporcional do valor à ela estabelecido, consoante o disposto nos artigos 412 e 413 do Código Civil brasileiro¹⁴¹.

Ambas possibilidades, na visão de OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR , permitiria observar a fragilidade da cláusula penal, pelo seu aspecto intrínseco, no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o controle normativo do montante da indenização, bem como da sua possibilidade de redução, acabaria por confinar a autonomia das partes a um espaço de liberdade devidamente delimitado pela legislação, onde o exercício quanto a figura da cláusula penal aplicável a espécie seria incontestavelmente limitado:

Essa conjugação permite entrever uma dupla debilidade da cláusula penal. A primeira, dita *intrínseca*, advém da própria origem histórica desse instituto. A decisão tomada pela Comissão Revisora, sob a presidência de EPITACIO PESSOA, no sentido de dotar o futuro art. 920 de um comando limitador do montante da pena, teve consequências irremarcáveis. Os antecedentes de AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, CARLOS AUGUSTO DE CARVALHO e das Ordenações do Reino fertilizaram o campo em que florescia essa regra, de ineditismo quase universal nas codificações do século XIX. O resultado foi um controle normativo intenso à estrutura e à função da cláusula penal, como adiante será evidenciado. Some-se a isso a regra da minoração *ad proportio* do valor da cláusula penal em se cumprindo parcialmente a obrigação, tal como havia no revogado art. 924. (...) O Código Civil de 2002 manteve os arts. 920 e 924, dando-lhes a forma dos arts. 412 e 413. A fragilidade intrínseca, que já era significativa, ampliou-se com a parte final do art. 413, permissiva (*rectius*, obrigatória) da redução por cumprimento proporcional e por excessividade manifesta do valor da penalidade, “tendo em vista a natureza e a finalidade do negócio”. O que seria uma faculdade do magistrado, tornou-se, em definitivo, uma determinação vinculante da lei, a qual, para expressiva doutrina mais recente, há de ser encarada como uma exceção ao princípio da inércia. Numa palavra, o *deve* do art. 413 pode ser lido como deve *ex officio*. Nem se fale do advérbio culposamente, inserido no art. 408, a modificar o sentido da caracterização da falta contratual, deflagradora da exigibilidade *ipso iure* da convenção penal. Esse acréscimo abriu a caixa de Pandora ao que antes era de

141 Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.

Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

compreensão simples a respeito da qualificação do descumprimento do que se avençava.¹⁴²

De outra banda, a segunda conjugação definida pelo autor, essa de natureza extrínseca, seria identificada nas alternativas de satisfação do interesse do credor mediante a escolha da tutela processual adequada ao fim pretendido pelo credor. É dizer, as hipóteses de execução forçada, bem como da execução pelo equivalente escoariam a finalidade pretendida ao tempo da instituição da cláusula penal em um determinado negócio jurídico.

OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR entende que o movimento de codificação brasileiro à realidade da relativização do *pacta sunt servanda* escolheu, a mercê do robustecimento da cláusula penal, priorizar a força interventiva do Poder Judiciário para dirimir eventuais conflitos advindos do descumprimento contratual. Nesse sentido obtempera o autor:

O enfraquecimento dos laços de obrigatoriedade, que se esforçavam no *pacta sunt servanda* e em torno de uma ideologia jurídico-moral de respeito à palavra empenhada, teria as melhores condições para robustecer a cláusula penal. Como ainda estudado, em períodos dessa tessitura, ocorreu exatamente isso, ao exemplo da Idade Média. Porém, no Brasil, excogitou-se solucionar esse problema através da ampliação da força interventiva do Poder Judiciário. A autonomia da vontade, uma vez mais, perdeu espaço ante uma solução estatal. É tão contundente essa opção que a sanção pecuniária compulsória situa-se no Código de Processo Civil, (...).

De eloquência maior é o novo artigo 475-J¹⁴³, *caput*, acrescido pela mencionada lei, que determina seja aplicada multa de 10% sobre o valor da condenação inscrito na sentença, caso o devedor (*rectius*, executado) não efetue o adimplemento da quantia certa a que foi adstrito. Essa multa tem caráter eminentemente punitivo¹⁴⁴.

Essas duas conjugações – intrínseca e extrínseca – na doutrina de OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR dão o contorno pelo qual o autor reconhece o

142 RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro. 2006. 418 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 228-229.

143143 Hoje artigo 523, §1 da Lei 13.105/2015.

144 RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro. 2006. 418 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 232-234.

desprestígio da cláusula penal perante o ordenamento jurídico brasileiro frente ao reforço operado por via legislativa a outros institutos, notoriamente aqueles destinados a delimitar as tutelas processuais.

Expostas essas considerações, o autor perpassa o transcurso da evolução da cláusula penal agora não pelo caminho de sua evolução histórica, da gênese romana à influência cristã, mas mediante o esclarecimento doutrinário esposado nas três teorias (indenizatório, coercitiva e mista) acerca da natureza jurídica da cláusula penal para concluir, à sua maneira, pela prevalência do modelo indenizatório à realidade da figura jurídica no Brasil, asseverando, neste sentido, que:

As teses dualista, com prevalência do caráter privado-penal – de WALTER LINDACHER E ANTÓPINO JOAQUIM DE MATOS PINTO MONTEIRO – e penal puro – em sua moderna feição, com DENIS MAZEAUD – a assentam-se em fundamentos sólidos. Diria até sedutores. Mas, pecam por não se mostrarem universais. Menos por defeitos internos. Elas esbarram em um dado irrecusável: a peculiaridade dos ordenamentos positivos. Em estamentos como os europeus é possível imaginar uma cláusula penal com traços constitutivos. Ali não existem limites ao seu *quantum*, muito menos operou-se um enfraquecimento tão notório como observado no direito brasileiro.

Entretanto, no direito civil, em ordenamentos com as características do brasileiro, não se pode falar em cláusula penal de essência coatora. Com isso não se desqualifica o constructo desses autores, tão somente põe-se-lhe limites, retira-se-lhe a almejada universalidade. Seria o caso de afirmar, prestam-se a uma teoria da cláusula penal portuguesa ou, com ressalvas, europeia. Numa, uma conformação abrangente da cláusula penal como categoria jurídica em si. E, esse é o humilde propósito deste trabalho: identificar a natureza jurídica da cláusula penal em um ordenamento jurídico com as notas típicas do existente no Brasil¹⁴⁵

OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR manifesta de maneira frontal e direta a sua filiação à compreensão indenizatória da natureza jurídica da cláusula penal no ordenamento jurídico brasileiro, esposando a sua opinião na impossibilidade de efeitos das outras figuras que, ao lado da concepção indenizatória, conforma a tríplice teoria acerca da natureza jurídica da figura jurídica.

145 RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro. 2006. 418 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p.242-243.

Nessa ambiência, o referido autor afasta a possibilidade de compreensão do caráter sancionatório da cláusula penal no Brasil em virtude da interpretação que a “coação não compõe a essência do jurídico”, pois, “pensar que os homens cumprem suas obrigações por medo é subalternizar a condição humana, diminuir as esferas comportamentais a um esquema pavloviano de ação-reação”¹⁴⁶.

Ilustrando esse entendimento, OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR traz exemplo do dia a dia para demonstrar a inexistência de coação na aplicação da cláusula penal, esclarecendo que na hipótese de descumprimento de uma determinada obrigação de dar coisa certa, o inadimplemento da prestação faz com que o credor requeira a incidência da cláusula penal que não poderá supera o valor da própria coisa, que no caso concreto materializa o valor da prestação principal, tal como previsto no artigo 412 do Código Civil brasileiro¹⁴⁷.

Esse exemplo, segundo o autor, seria salutar para a percepção da ausência de coercibilidade da cláusula penal no ordenamento jurídico brasileiro em virtude da sua limitação quantitativa, operada entre nós pelo supramencionado dispositivo legal.

Somado a esse ponto, o referido autor ainda destaca a impossibilidade de cumulação da cláusula penal com o cumprimento da obrigação, na medida em que é definido no Brasil que ou a cláusula penal opera ante a impossibilidade do cumprimento da obrigação, por opção do credor, ou terá sua incidência cumulada, na hipótese do descumprimento relativo¹⁴⁸.

Destaque-se, outrossim, que mesmo na hipótese de cumulação da cláusula penal com o cumprimento da obrigação principal na hipótese do descumprimento relativo, OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR destaca que essa cumulação não ocorrer pelo caráter compulsório da indenização, mas, pelo contrário, pela sua face indenizatória.

146 RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro. 2006. 418 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p 245.

147 RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro. 2006. 418 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p 247.

148 RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro. 2006. 418 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 246.

Essa compreensão do fenômeno indenizatório até mesmo na hipótese em que há cumulação no descumprimento relativo é defendida pelo referido autor em virtude do desenvolvimento da teoria canonista acerca da natureza indenizatória da cláusula penal, interpretando-se o cúmulo não como uma coerção ao adimplemento, mas como uma reparação pelo descumprimento no tempo, forma e espaço determinados na obrigação culposamente descumprida. Nesse sentido:

É, não se pode esquecer que da cláusula pena moratória. Nesse caso, o cúmulo é tolerável. Não apenas, integra sua *ratio essendi*. Os dualistas e os corifeus de essência penal não se valem dessa cláusula como suporte excelso de suas assertivas. Ora, sequer disso precisam. A inexistência do limite legal à cláusula compulsória abre-lhes um universo de possibilidades criativas que ao jurista brasileiro não é dado conceber. Entretanto, essa cláusula por mora interessa por, supostamente, exibir função coativa pura. (...) Mas, como se explica a ressalva do cúmulo? Indenização. Os velhos canonistas, seguidos de perto pelos jusracionalistas franceses do século XVIII, permitiriam a cláusula penal moratória com o nítido fundamento ressarcitório (*in loco interesse*). Os danos ao credor oriundos do atraso justificam o cúmulo. A obrigação principal prestada morosamente não era a mesa devida, carecia de um plus, capaz de saltar as perdas do *accipiens*, as quais, por serem evidentemente menores, não podiam vir sob forma coativa ou, na linguagem dos chanceleres ingleses, *ad terrorem*¹⁴⁹.

Outro destaque realizado pelo autor para o arremate da teoria que identifica na cláusula penal o seu aspecto compulsivo reside no fato de que a percepção de que a cláusula penal se constitui em reforço e garantia à obrigação é equivocada, tendo em vista que ela não possuiria tais qualidades quando analisada em profundidade, uma vez que etimologicamente a palavra reforço expressa a ideia de aumento de força ou auxílio à realização de um determinado fato, que, ao que fora proposto pelo autor, não se concretizaria a ideia de cláusula penal, pois essa não reforça o adimplemento da obrigação¹⁵⁰.

149 RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro. 2006. 418 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p 247-250.

150 Etimologicamente reforço pode compreender o ato de (a) aumentar a força ou de (b) ajudar ou auxiliar à realização de um fato. No direito anglo-americano, seria o mesmo que enforcement, expressão associada à cláusula de penalidade (penalty clause), vedada naquele sistema. Se reforçar abranger o primeiro sentido, então, a cláusula penal, no direito brasileiro, não reforça a obrigação (RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro. 2006. 418 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 254).

Nada obstante, a interpretação que observa na cláusula penal uma garantia ao cumprimento da obrigação também é criticada por OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR em decorrência da segurança esperada pelo credor na hipótese de descumprimento.

Segundo o referido autor, a ideia de garantia pode se expressar-se em (i) garantia-ação, (ii) garantia-palavra e (iii) garantias reais e fidejussórias, caracterizando a primeira a possibilidade do exercício do direito de petição ao poder judiciário para a tutela de um bem jurídico de interesse do credor, ao passo que para a segunda espécie o significado de garantia seria entendido na obrigação pessoal assumida pelo devedor perante o credor no que se refere a palavra empenhada (eu prometo; eu garanto; confie em mim; realizarei a contento; etc.). A última espécie, entretanto, seria aquela que seguramente produz o efeito de garantir o legítimo interesse do credor:

Garantia exsurge como sinônimo de ação. EDUARDO ESPÍNOLA aprova esse modo de concluir, porquanto sinala como garantias as medidas conservatórias (ações indiretas) e as medidas de execução (ação direta).

Outra possibilidade semântica está em que *garantir* simboliza o poder da palavra empenhada. São usuais as frase “eu garanto” ou “pode confiar, eu garanto”. Esse sentido, posto que juridicamente expletivo, tem seu esteio na velha herança romana da responsabilidade *in personam*. A pessoa do devedor, literalmente, garantia o cumprimento da obrigação. As *leges actiones manes iniectio* estão aí para recordar disso. Aquele que contratava ligava-se a outrem (*ob ligatio*) por uma corda, um dos signos visíveis da obrigação era importantíssimo ao romano, um povo tão afeito aos fâmulos, como se estes pudessem auxiliar (reforçar) o conteúdo de juridicidade. Com a *Lex Poetelia Papira*, saudada por TITO LIVIO como a nova aurora de uma nova liberdade, ao direito do credor ao corpo do *solvens* é limitado ao seu patrimônio, e, excepcionalmente, à sua liberdade. Ficou-se, então como figura de retórica e símbolo de um comprometimento pessoal com o cumprimento do que fora avençado.

Um terceiro sentido de garantia está no concurso de duas técnicas bem antigas e até hoje amplamente utilizadas: (a) o envolvimento bonitário de terceiros; (b) a oferta de uma fração do patrimônio – chegou-se até a aceitar que todo ele fosse assim manejado – para fins de constrição voluntária e privada, passível de pronta incidência das ações específicas. No primeiro rol estão as fianças e avals. No segundo, o penhor, anticrese, hipoteca, alienação fiduciária e a caução, palavra esta de que proveio o termo garantia.

(...) somente na garantia fidejussória, um pouco menos, e na garantia real é que se pode fiar o credor com irremarcável segurança¹⁵¹.

Subsequentemente, OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR também rechaça a interpretação de que a cláusula penal é independente do dano, em que pese o exposto no artigo 416 do Código Civil brasileiro, que determina que para exigir a pena convencional, não será necessário que o credor alegue prejuízo.

A argumentação despendida pelo autor se baseia não na literalidade do referido artigo 416, mas na observação da possibilidade de redução da cláusula penal na hipótese de seu estabelecimento manifestamente excessivo, que poderá ser levada a efeito pela impugnação específica da parte em relação aos termos do contrato ou levada a efeito, *ex officio*, pelo juiz no exercício de sua competência jurisdicional¹⁵².

Essa consideração parte da consideração da exceção que está ao encargo do credor no que se refere à independência da cláusula penal na ocorrência do descumprimento. Tal como haja incidência da cláusula penal pelo inadimplemento, haverá a exceção pela sua manifesta excessividade que, a depender do caso concreto, só poderá ser delimitada após a realização de prova pericial.

Ao remate quando a impossibilidade de se verificar no ordenamento jurídico brasileiro uma cláusula penal de feição compulsória, OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR assevera que, dada as circunstâncias do ordenamento

151 RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro. 2006. 418 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 256-258).

152 Inconscientemente, ou não, o legislador permitiu que se fizessem das ilações: (a) é possível reduzir (*rectius*, deve-se reduzir) a cláusula penal manifestamente excessiva; (b) o devedor pode alegar a excessividade do montante fixado na convenção. (...)

Essa conclusão, que deve ser tomada com as devidas cautelas, na medida em que adianta outras questões de necessária implicação-polaridade, é parcial e serve, *sic et simpliciter*, para demonstrar que a até então inexpugnável cidadela da independência da cláusula penal em face dos danos apresenta enormes fissuras. No direito brasileiro, bem entendido. Ao viso deste trabalho, essa não se constitui em uma notícia alvissareira. Desmoraliza, enfraquece e faz perder importância um dos mais belos institutos que o direito engendrou para simplificar e proteger as relações negociais. A enfermidade da cláusula penal é lesiva à sanidade dos pactos. Mas, parece que o fantasma do velho Shylock voltou a percorrer os canais do mundo obrigacional (RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro. 2006. 418 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 263-264)

jurídico brasileiro, notadamente (i) a proibição do excesso, (ii) o limite do valor e (iii) a possibilidade de redução equitativa, não se coadunam com a existência de um instituto com a referida característica, de maneira que:

Uma vez mais, remanesce tão-somente o discurso retórico. E apenas esse. Como se está em terreno científico, não é possível dele se socorrer. Demonstrou-se a falta um componente típico da prevenção geral no perfil da cláusula. A proibição do excesso, o limite do valor, a constante intervenção judiciária, o comando normativo de que se deve reduzi-la, jamais majorá-la são exteriorizações desse efeito. Destaque-se, por fim, que a introdução de um elemento externo, desprovido de tantas prestações, comprometeu, em definitivo, a função punitiva. Deu-se, ao reverso de outros países, uma sucessão funcional¹⁵³.

As reflexões levadas a efeito por OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR realiza uma leitura comprometida com a concepção indenizatória da cláusula penal, expondo os seus pressupostos e preocupando-se em refutar suas impugnações.

Independentemente das conclusões a que se chegou o referido autor, a profundidade de sua pesquisa, bem como a leitura realizada quanto ao disposto nos artigos 408 a 416 denotam uma importante possibilidade de efeitos que a cláusula penal pode exercer no ordenamento jurídico brasileiro, sendo imperioso questionar, doravante, se seria a interpretação da figura jurídica realizada pelo autor àquela que melhor se amolda ao modelo e, mais especificamente, coaduna o enlaçamento legal à vontade estabelecida pelas partes no âmbito de sua autonomia privada.

Nesse sentido, torna-se importante perscrutar a doutrina de NELSON ROSENVALD para compreender a interpretação que esse notório doutrinador realiza quanto aa figura jurídica para, a guisa de conclusão da presente pesquisa, poder se colocar sob perspectiva o conteúdo da investigação para, após uma reflexão crítica sobre pressupostos e conclusões, se estabelecer a filiação a uma ou outra corrente que busca dirimir a centenária polêmica em relação à definição da natureza jurídica da cláusula penal.

153 RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro. 2006. 418 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p.277.

Forte nesse sentido e tendo bebido da fonte do conhecimento exarado de OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR, impede seguir a trajetória do estudo agora sobre as linhas de NELSON ROSENVALD.

4.2 A função dual exercida pela cláusula penal no ordenamento jurídico brasileiro: ponderações de Nelson Rosenvald acerca da figura jurídica.

Inaugurando vertente diversa quanto à natureza jurídica da cláusula penal, NELSON ROSENVALD inicia a construção do seu pensamento caminhando sobre a mesma vereda por onde andaram ANTÔNIO PINTO MONTEIRO e OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR.

Sua abordagem se inicia com a função da cláusula penal na histórica, espacialidade onde são tratadas as influências romanas e medievais – esta entendida na influência exercida pelo direito canônico no período – que conformaram a apreensão do modelo indenizatório no *Code Civil* de 1804, sem olvidar, no transcorrer da figura jurídica, as diferenciações ocorridas na assimilação da figura jurídica, notadamente perante a realidade alemã – que privilegia o aspecto coercitivo da cláusula penal – a e francesa – que se posiciona ao lado da teoria indenizatória da figura¹⁵⁴.

Vencida essas considerações, NELSON ROSENVALD empreende a caracterização da cláusula penal, abordando, quando ao temo de sua função, as possibilidades indenizatória e coercitiva da cláusula penal sob a sua leitura. Esse ponto é fundamental para a compreensão do pensamento do referido autor em relação aa figura jurídica, notadamente porque à abertura da seção o autor objetiva consigna que o “escopo de seu trabalho é a rediscussão do recorte tradicional da cláusula penal e de seu próprio conceito a partir de sua funcionalização”¹⁵⁵.

Essa provocação levada a efeito pelo autor é concretizada na referida indagação: “a cláusula penal é uma indenização, ou nada tem a ver com ela”¹⁵⁶.

Vê-se, nesse ponto, que diferentemente da teoria defendida por OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR , anteriormente analisada nessa pesquisa, NELSON ROSENVALD não perscruta a figura jurídica para se aferir a sua função, mas desde já questiona se a função costumeiramente identificada como a dele realmente conforma todas as suas possibilidades jurídicas.

154 ROSENVALD, Nelson. A pena privada nas relações negociais. São Paulo: Lumen Juris, 2007, p. 5-31.

155 ROSENVALD, Nelson. A pena privada nas relações negociais. São Paulo: Lumen Juris, 2007, p. 65.

156 ROSENVALD, Nelson. A pena privada nas relações negociais. São Paulo: Lumen Juris, 2007, p. 65.

Nesse diapasão, após dissertar sobre tanto a função indenizatória quanto a função coercitiva da cláusula penal, o autor vem a propor uma nova fórmula apta a superar o modelo unitário acerca da natureza jurídica da cláusula penal¹⁵⁷.

Para se entender a teoria defendida por NELSON ROSENVALD, em primeiro lugar deve-se definir a corrente pela qual o autor está afiliado. Neste sentido, não impende dúvidas quanto a sua adesão à concepção compulsória da cláusula penal. Nesse sentido, suas palavras são claras e objetivas quanto à natureza da figura jurídica:

A essência da cláusula penal reside em uma sanção compulsória, cujo objetivo será garantir o cumprimento da obrigação principal, pressionando o devedor ao adimplemento por meio da ameaça de uma outra prestação cujo valor seja superior ao do dano previsível ao tempo da contratação. A pena não cabe na indenização. A pena supõe algo mais. Vale dizer, uma prestação que se situa acima da indenização ordinária dos danos. (...)

A verdadeira cláusula penal é a pena. A função coercitiva se aproxima da própria natureza/estrutura de garantia que é ínsita à cláusula penal. Não se cuida de indenização, mas de ameaça e sanção. A pena foca-se na repulsa ao ofensor; a indenização, na reparação em prol da vítima¹⁵⁸.

Essa assinalação, entretanto, funda-se não do estudo da figura jurídica em sua gênese, mas do desiderato pretendido pelas partes quando do estabelecimento da cláusula penal para a conformação do inadimplemento de uma determinada prestação.

Assim como o autor, JORGE CESA FERREIRA DA SILVA assevera ter a cláusula penal uma “finalidade precípua de gerar pressão no devedor, de modo a conduzi-lo ao adimplemento”, pois, segundo o referido autor, “ela não dependeria da existência concreta de algum dano, aplicando-se ainda que o dano inexistia, [sendo] o foco, pois, o cumprimento”¹⁵⁹.

157 ROSENVALD, Nelson. A pena privada nas relações negociais. São Paulo: Lumen Juris, 2007, p. 79-101.

158 ROSENVALD, Nelson. A pena privada nas relações negociais. São Paulo: Lumen Juris, 2007, p. 84.

159 SILVA, Jorge Ferreira da. Inadimplemento das obrigações. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 241.

A posição de JORGE CESA FERREIRA DA SILVA é ainda mais importante ao desenvolvimento da tese de NELSON ROSENVALD na medida em que se verifica que aquele autor também admite em sua pesquisa a essencialidade do caráter coativo da cláusula penal no ordenamento jurídico brasileiro, também correlacionando-a a sua funcionalidade – que em seu *locus* estará fundada no cumprimento escorreito da obrigação:

A família romano-germânica, a partir do direito moderno, afastou-se paulatinamente da imposição de penas de natureza privada. Nada obstante, o pêndulo parece se conduzir, atualmente, no sentido oposto. Ao menos no Brasil, o modo como se tem entendido e praticado as condenações referentes a danos morais, assim como a recente e vasta expansão das chamadas sanções pecuniárias compulsórias (*astreintes*), demonstra como o caráter sancionatório de certos institutos vem ganhando força visando a conduzir as partes à realização do acordado. A cláusula penal há de ser entendida nessa perspectiva histórica¹⁶⁰.

É dizer, diferentemente do que se buscava analisar em outras análises em relação à figura jurídica e aproximando-se da posição funcionalista desenvolvida por ANTÔNIO PINTO MONTEIRO em sua tese de doutoramento que abordou em profundidade a matéria, que a cláusula penal não opera pela sua natureza ou essência, mas pela intenção havia e consubstanciada pelas partes no âmbito do contrato.

Em outras palavras, serão as partes quem determinarão a forma com que a cláusula penal inserida naquele no jurídico deverá ser apreendida e aplicada por aquele a quem competirá dirimir qualquer conflito, distinguindo-se, pois, da concepção defendida por OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR na medida em que focaliza na finalidade do contrato, e não propriamente na figura jurídica da cláusula penal a sua razão para distinguir:

O desiderato dos contratantes não é capaz de alterar a natureza ou essência da cláusula penal, mas é fundamental para lhe atribuir os efeitos práticos, conforme uma ou outra finalidade que lhe seja

160 SILVA, Jorge Ferreira da. Inadimplemento das obrigações. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 243.

atribuída. Na media em que o desejo dos contratantes for apenas adiantar o valor de uma eventual infração à convenção, liquidando previamente os prejuízos, os efeitos jurídicos decorrentes da quebra do contrato serão distintos dos efeitos jurídicos da cláusula penal *stricto sensu*. Assim, se do ilícito não decorrer dano algum, poderá o credor se eximir do cumprimento da pena; a indenização não poderá exceder os prejuízos do credor a não ser que haja cláusula expressa de indenização suplementar; o credor não poderá optar pelas perdas e danos em caso de inadimplemento, pois a pena convencionalmente é indenização ajustada. A única opção do credor que se recusar a perseguir a cláusula penal será obter a tutela específica, se possível¹⁶¹

A abertura utilizada por NELSON ROSENVALD para desenvolver sua teoria encontra seu fundamento no instrumental ofertado por ANTÔNIO PINTO MONTEIRO para se reanalisar a natureza jurídica da cláusula penal, a saber: a autonomia negocial.

Será, no entanto, no âmbito da autonomia negocial que o autor desenvolverá esse perfil funcional da cláusula penal no ordenamento jurídico brasileiro, superando, desta maneira, alguns obstáculos erigidos, inclusive, por OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR para a delimitação da figura jurídica, propondo uma interpretação não só literal, mas sistemática do ordenamento a fim de apreender as melhores possibilidades para o integral conhecimento e aplicação da cláusula penal na realidade brasileira¹⁶².

Consignada essas características, NELSON ROSENVALD nos questiona como poderíamos ajustar essa interpretação funcional da cláusula penal ante ao disposto nos artigos 408 a 416 do Código Civil brasileiro, inserindo a pena convencional no modelo que ele identifica de unitário, ensejador da supremacia da natureza indenizatória da figura jurídica?

A resposta advirá da constatação que a perspectiva funcional da cláusula penal “evidencia o fato que a cláusula penal pode ser inserida, de maneira variada e complexa, em diversas funções jurídicas que constituem funções econômica-sociais

161 ROSENVALD, Nelson. A pena privada nas relações negociais. São Paulo: Lumen Juris, 2007, p. 84.

162 Para que possamos avançar, comprometidos com a visão solidarista do sistema constitucional e as diretrizes do Código Civil de 2002, procuraremos compatibilizar a chancela à autonomia negocial das partes com a abertura dada pelo ordenamento jurídico para introduzir esse diferente modo de pensar o modelo jurídico da cláusula penal (ROSENVALD, Nelson. A pena privada nas relações negociais. São Paulo: Lumen Juris, 2007, p. 88).

dotadas de relevância jurídica”¹⁶³, sendo identificada, portanto, uma “fragmentação da cláusula penal”, que deixará de se constituir em um modelo unitário para desempenhar a finalidade pretendida entre as partes. Nesse sentido, destaca o referido autor:

Nesse cenário, avulta contextualizar a cláusula penal. Se antes a doutrina havia atingido relativo consenso quanto à natureza e modalidades da cláusula penal, impende agora verificar seu conteúdo, a correspondência o seu quantitativo e os danos previsíveis, a qualidade dos sujeitos da relação obrigacional e o tipo de negócio jurídico ajustado, para que aferir a função que ela desempenha na hipótese.

À erosão da perspectiva estrutural de um contrato edificado pelo poder normativo da vontade contrapõe-se a ascensão de um paradigma em que os modelos jurídicos assumem a feição de instrumentos concretizadores de determinadas finalidades eleitas pela coletividade. A compreensão da conduta dos contratantes deixa de ser visualizada pelo monopólio de suas vontades, uma vez que está submetida a padrões objetivos de controle social de legitimidade¹⁶⁴.

Diante dessas considerações, NELSON ROSENVALD inicia suas considerações acerca das espécies de cláusulas penais que seriam desenvolvidas por força da autonomia privada. Para o autor, o abandono do “sistema unitário, bifuncional e eclético da cláusula penal (...) justifica a incompatibilidade de uma mesma figura consistir em sanção e indenização”, sendo que “cada modelo jurídico se destina a cumprir suas próprias finalidades, sem desvios”¹⁶⁵.

Neste viés, a cláusula penal para o referido autor seria dividida em (i) cláusula penal *stricto sensu* e em (ii) cláusula penal de prefixação de indenização, sendo o traço distintivo entre uma e outra modalidade a finalidade coercitiva e indenizatória, estabelecendo o autor, quanto a cláusula penal em sentido estrito que:

163 ROSENVALD, Nelson. A pena privada nas relações negociais. São Paulo: Lumen Juris, 2007, p. 98.

164 ROSENVALD, Nelson. A pena privada nas relações negociais. São Paulo: Lumen Juris, 2007, p. 99.

165 ROSENVALD, Nelson. A pena privada nas relações negociais. São Paulo: Lumen Juris, 2007, p. 105-106.

Sabemos que a nota típica de qualquer forma de coerção privada é o constrangimento indireto, a ameaça, a pressão do devedor, destinada a infundir-lhe receio e temor. Se a ameaça não for eficaz, se não prevenir o descumprimento, surgirá o elemento sanção como característica do meio inibitório: o devedor insurgente, que não se deixou intimidar, sofre consequências sancionatórias de seu comportamento ilícito.

Isso implica afirmar que a cláusula penal quer compelir o devedor a cumprir a obrigação de forma a satisfazer o interesse primário do credor. A pena funcionará como uma sanção que substituirá a indenização, sem a ela acrescer.

A cláusula penal em sentido estrito exerce uma função exclusivamente coercitiva. O fundamento da fixação de uma pena é exatamente o de afastar a discussão sobre a obrigação de indenizar. A cláusula penal destituirá a obrigação de indenizar não pelo fato de consistir em uma indenização predeterminada, mas por se tratar de uma prestação diferenciada. Diante do inadimplemento, o credor terá a faculdade de deslocar a prestação inicial e exigir a pena acessória. Isso explica a incongruência de o credor perseguir, ao mesmo tempo, o cumprimento da obrigação e a cláusula penal, pois a opção pela convencional elide a prestação anteriormente devida¹⁶⁶.

Esta espécie se aproxima daquela desenvolvida por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO em sua tese sobre o assunto, distinguindo-se, entretanto, apenas pelas conformações prevista no ordenamento jurídico brasileiro quanto a limitação e possibilidade de redução equitativa¹⁶⁷.

Outro ponto digno de nota quanto essa espécie de cláusula penal reside no fato da sua classificação como obrigação facultativa, que exsurgirá para a resolução da controvérsia quando operado o inadimplemento, sendo direito potestativo do credor a escolha pelo cumprimento da cláusula penal ou pela execução em espécie ou pelo seu equivalente:

Quando a sua finalidade é eminentemente coercitiva, o credor não está interessado em predizer ou deduzir quais serão os possíveis danos pelo inadimplemento. Ele quer apenas garantir outra prestação, por isso o valor da pena será invariavelmente superior àquele que possa ser estimado para o prejuízo (...)

Daí a nossa defesa incondicional à tese da cláusula penal como obrigação facultativa pela possibilidade conferida pelo credor de substituir o objeto inicialmente prestado por outro, de caráter subsidiário, mas já especificado na relação obrigacional. A prestação devida é uma só, incidindo unidade de objeto quando da celebração

166 ROSENVALD, Nelson. A pena privada nas relações negociais. São Paulo: Lumen Juris, 2007, p. 106-107.

167 Sobre a cláusula penal em sentido estrito ver MONTEIRO, António Pinto. Cláusula penal e indemnização. Coimbra: Almedina, 1990, p. 557-671.

do negócio jurídico, pois a pena diversa da prestação originária, sem carecer de consentimento do devedor.

A cláusula penal se amolda ao perfil da obrigação com faculdade alternativa em favor do credor. O devedor não deve outra coisa a não ser a prestação, mas o descumprimento por causa a ele imputável concederá ao credor o poder de determinar a pena, em vez da prestação. O devedor se coloca em estado de sujeição, pois se submeterá ao exercício do direito potestativo do credor. O devedor não poderá, feita a opção pelo credor, opor-se a ela com oferecimento da prestação inicial. Tal como não pode impedir o credor de continuar a exigir o cumprimento desta, oferecendo-se para prestar a pena se não for esta a vontade do primeiro¹⁶⁸.

A oposição a essa teoria poderia advir das limitações que a cláusula penal possui no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente a impossibilidade da pena ultrapassar o valor da obrigação principal (artigo 412 do Código Civil brasileiro) e a possibilidade de revisão judicial do *quantum* estabelecido na avença (artigo 413 do Código Civil brasileiro). Quanto a esse ponto, NELSON ROSENVALD destaca que, em que pese não existir no Brasil a concepção da natureza da pena como uma prestação, essa circunstância, por si só, não impediria a evolução da doutrina e, conseqüentemente, dos precedentes judiciais quanto a tese, devendo-se realizar a desvinculação da ideia de indenização frente a configuração do surgimento de uma nova prestação, ocasionada do inadimplemento contratual¹⁶⁹.

Afora essa espécie, NELSON ROSENVALD também desdobra seus argumentos quanto cláusula penal de prefixação de indenização, essa de caráter nitidamente compensatório e com a finalidade de extirpar dos efeitos do inadimplemento os danos decorrentes da conduta antijurídica praticada pelo devedor da prestação.

A finalidade nessa espécie de cláusula penal prevista pela partes, diferentemente da finalidade antevista pela alocação da cláusula penal *stricto sensu*, seria o de estabelecer o montante devido à título de indenização na hipótese do descumprimento. Essa situação elidiria a necessidade da abertura da fase de liquidação de danos para se apurar o *quantum debeatur*, retirando a incerteza havida entre as partes em relação ao estabelecimento da indenização. Nesse sentido:

168 ROSENVALD, Nelson. A pena privada nas relações negociais. São Paulo: Lumen Juris, 2007, p. 108.

169 ROSENVALD, Nelson. A pena privada nas relações negociais. São Paulo: Lumen Juris, 2007, p. 109.

A cláusula de prévia estipulação do quantitativo de perdas e danos é uma modalidade de cláusula penal em sentido amplo, concebida pelos contratantes com finalidade distinta da cláusula penal *stricto sensu*. A cláusula de perdas e danos certamente não é o alvo preferencial do credor, pois sua meta não é persuadir para obter o adimplemento, mas tão-somente estabelecer uma soma indenizatória, sobremaneira para os casos em que a determinação judicial do montante seja difícil, custosa e demorada.

Enquanto o núcleo da cláusula penal reside na pressão ao cumprimento pela imposição de uma sanção afluiva ao devedor, a cláusula de prefixação de indenização, como o próprio nome já explicita, preocupa-se com a manutenção de um grau de equilíbrio entre o montante ajustado e o dano sofrido pelo credor.

Aqui as partes desejam apenas determinar um valor invariável, à *forfait*, que corresponderá ao dano futuro. Os parceiros querem minimizar a incerteza propiciando certo planejamento, prevenindo-se quanto à demora, aos riscos e à incerteza de um pronunciamento judicial sobre a extensão dos danos emergentes, lucros cessantes e, até mesmo, a compensação do dano moral¹⁷⁰.

Destaque-se, outrossim, que o estabelecimento da cláusula penal que fixação antecipada de indenização apenas estabelece o *quantum* devido na hipótese de descumprimento culposo, não tendo aplicação para aquelas hipóteses em que o descumprimento não ocasionou dano ao credor, sendo essa hipótese, inclusive, matéria de exceção à aplicação da cláusula penal pelo devedor, esteadas suas razões na excessividade prevista no artigo 413 do Código Civil brasileiro¹⁷¹.

Realizada a distinção de suas espécies de cláusulas penais, NELSON ROSENVALD parte por os critérios para interpretação e identificação do referida figura jurídica mediante a análise do caso concreto. Assim, de partida, já se pode considerar que para a aferição da natureza jurídica não se cogitará de uma construção abstrata e com intenção de generalidade sobre a figura jurídica, mas se dirigirá a atenção ao que foi previsto e é esperado pelas partes.

Nesse sentido, destaca o autor que o intento de se pré-determinar o montante de indenização decorrente do dano havido do descumprimento culposo do

170 ROSENVALD, Nelson. A pena privada nas relações negociais. São Paulo: Lumen Juris, 2007, p. 110.

171 De enorme importância será a demonstração pelo devedor da ausência de qualquer dano. A falta de prejuízo retira qualquer fundamento para a exigência da liquidação prefixada. Afinal, onde não há dano, inexistente indenização (ROSENVALD, Nelson. A pena privada nas relações negociais. São Paulo: Lumen Juris, 2007, p. 112); Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

devedor não poderia possuir o mesmo resultado interpretativo daquele efeito querido pela inserção de uma cláusula *stricto sensu* no bojo do contrato¹⁷², sendo necessário, portanto, o devido exercício interpretativo para se identificar a finalidade pretendida pela parte e dar aplicação a cláusula penal que melhor informa a controvérsia.

Expostas essas distinções, sem olvidar da construção da sua tese em relação a natureza jurídica da cláusula penal, que deixa de ser unitária (ou bifuncional) para se funcionalizar ao projeto contratual estabelecido entre as partes, NELSON ROSENVALD passará a enfrentar as questões que mais aproximadamente tentam inquirir a maneira e a forma como ele desenvolve o seu raciocínio e que, como visto, embasou a adesão de OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR à corrente indenizatória da cláusula penal no ordenamento jurídico brasileiro.

De partida, NELSON ROSENVALD afirma que em nossa legislação, “as normas dos arts. 408 a 416 do Código Civil podem se aplicar a ambas as espécies de cláusula penal” – cláusula penal *stricto sensu* e cláusula pena de fixação antecipada da indenização –, excepcionando, todavia, o artigo 412 e a primeira parte do artigo 413 do mesmo diploma legal, por entender que estes se aplicam exclusivamente à cláusula de prefixação de indenização, ao passo que o artigo 416 se ajustaria à cláusula *stricto sensu*¹⁷³

Segundo sua interpretação, quando se fala de cláusula penal *stricto sensu*, o contido no artigo 416 do Código Civil brasileiro legitimaria a sua existência, uma vez que a referida disposição estatui a possibilidade de se requerer o adimplemento da pena independentemente da alegação de prejuízo. Some-se ao ponto, ainda, o disposto no artigo 410 do referido diploma legal, que na mesma linha de

172 A aferição do escopo do contrato das partes é o ponto de partida para qualificarmos o regime jurídico adequado a cada cláusula penal e suas diversas consequências práticas. (...) Daí a essencialidade de buscar, em cada caso concreto, a que título e qualidade a cláusula penal foi estipulada. (...) A importância do momento interpretativo para a existência de um negócio jurídico é atualmente um consenso. É pela interpretação que se determina o alcance e o sentido da atuação dos particulares. É com base nos resultados interpretativos que se produzirão os efeitos do negócio jurídico (ROSENVALD, Nelson. A pena privada nas relações negociais. São Paulo: Lumen Juris, 2007, p. 113).

173 ROSENVALD, Nelson. A pena privada nas relações negociais. São Paulo: Lumen Juris, 2007, p. 117.

interpretação do autor legitimaria a concepção de direito potestativo advindo da “alternativa a benefício do credor”.

A oposição a essa tese advinda da teoria do enriquecimento sem causa é afastada pelo autor sob alegação de que “o fato de a pena superar o valor dos danos previsíveis é fruto de sua própria causa”, não havendo “equivalência entre sanção e prejuízo real do credor, pois é da essência da coerção privada que exerça mecanismo inibitório ao inadimplemento”¹⁷⁴.

De outro lado, quando se analisa a incidência da cláusula penal de fixação antecipada de danos por essa nova mirada, NELSON ROSENVALD destaca a incidência direta do artigo 416 do Código Civil brasileiro que, como é cediço, legitima a cobrança independente da alegação de prejuízo, destacando, contudo, que para a inteira aplicabilidade da norma, o dano deverá ter sido praticado, sob pena de não haver o que se indenizar.

Ademais, também quanto ao argumento erigido para inquinar a sua aplicação, NELSON ROSENVALD defende a incidência da parte final do artigo 413 do Código Civil brasileiro para corrigir eventuais excessos praticados na estipulação da disposição, circunstância que, em que pese para alguns seja levantada como obstáculo, para ele é identificada como fortificação do desiderato¹⁷⁵.

Nada obstante, a limitação contida no artigo 412 do Código Civil, que estabelece o máximo numa determinada negociação a título de cláusula penal, é duramente criticada pelo autor, que verifica na norma “uma forte restrição à liberdade das convenções, que mais perturba do que tutela interesses

174 ROSENVALD, Nelson. A pena privada nas relações negociais. São Paulo: Lumen Juris, 2007, p. 123.

175 Nesse caso, a pena será o substituto da indenização. Mesmo que o valor da cláusula penal seja tímido em relação aos danos causados ao credor, ele não terá a faculdade de optar pelas perdas e danos judiciais. Em sentido inverso, será eficaz eventual alegação pelo devedor quanto à configuração de dano em montante inferior ao pactuado. O caráter aleatório da pena demonstra que ela atende ao interesse de credor e de devedor. Ambos se submetem ao risco de um dano real maior ou menor que o valor da cláusula penal. Por isso que o art. 413 do Código Civil apenas permite a redução judicial da pena em caso de excesso manifesto. Há de se respeitar a convenção, mas não se admite o abuso do direito pela desproporção evidente e grave entre a pena e o dano (ROSENVALD, Nelson. A pena privada nas relações negociais. São Paulo: Lumen Juris, 2007, p. 124).

individuais”¹⁷⁶, sendo importante, todavia, transcender essa limitação legal mediante uma análise sistemática do ordenamento jurídico.

Para tanto, o autor remete como mecanismo de superação a supramencionada limitação (artigo 412 do Código Civil brasileiro) a percepção de que “a autonomia privada permite que a pena seja delimitada em valor menor, igual ou maior que a obrigação principal”, vez que em “cada caso poderemos extrair da função perspectivada pelas partes um modelo prospectivo e diferenciado”, destacando-se, ademais, a possibilidade de redução judicial na consumação de excessos ou iniquidades.

A tese trazida a lume por NELSON ROSENVALD é de grande importância para a compreensão da figura jurídica da cláusula penal numa visão funcionalizada da sua incidência, tendo sido apreendido do referido autor a sua posição quanto a leitura da figura jurídica não voltada apenas e tão somente à sua gênese, mas significada na realidade contratual a qual foi inserida, tendo sido destacado no íter de seus arrazoados que:

A disciplina da cláusula penal é coerente ao seu perfil funcional. A cada finalidade será atribuída uma distinta conformação jurídica. Esse cenário de fragmentação gera uma dualidade de cláusulas penais. Só assim será factível responder às situações práticas que envolvem a delimitação entre os referidos modelos. (...).

A classificação das cláusulas penais é uma questão de interpretação de declarações negociais. Inicialmente, afere-se a correspondência entre a pena e os prejuízos previsíveis, para pesquisa da intenção concreta dos contratantes em lhe atribuir uma função compulsória ou indenizatória. Se a finalidade do credor é pressionar o devedor ao cumprimento mediante a impossibilidade de uma sanção, a pena será de valor consideravelmente superior ao prejuízo esperado. Caso o intuito comum seja a antecipada estipulação do montante de perdas e danos, a cláusula penal será valorada em *quantum* próximo aos supostos danos que resultariam de uma inexecução. A opção, porém, entre uma ou outra figura não depende apenas do escopo das partes, mas também de outros interesses merecedores de tutela. Avulta a hermenêutica do negócio jurídico sob o ponto de vista conjugado da autonomia privada e boa-fé objetiva. A exata qualificação da cláusula penal, em uma visão prospectiva, será decisiva para a definição de seu plano de eficácia e adequação ao regime implantado pelo Código Civil¹⁷⁷.

176 ROSENVALD, Nelson. A pena privada nas relações negociais. São Paulo: Lumen Juris, 2007, p. 129.

177 ROSENVALD, Nelson. A pena privada nas relações negociais. São Paulo: Lumen Juris, 2007, p. 299-300.

Expostos os principais estudos que se debruçaram sobre a natureza jurídica da cláusula penal no ordenamento jurídico brasileiro, entende-se que é o momento para agrupar todas essas considerações para externar a opinião consolidada no transcurso da história após a análise de crítica de cada tese, pressupostos e conclusões apresentadas até aqui.

Sublinha-se, mais uma vez, que a conclusão a seguir não possui a pretensão de encerrar o assunto, consubstanciando-se, apenas e tão somente, num esforço de sistematização acerca do conteúdo das teses e da tomada de posição à teoria que, em nossa opinião, melhor da conta de suportar a dinamicidade do assunto.

CONCLUSÃO

A proposta estabelecida pela pesquisa constituía-se na investigação acerca da natureza e da função da cláusula penal no Brasil, identificando os seus contornos frente à complexidade das relações contratuais contemporâneas, assim como considerando a construção acadêmica até então desenvolvida.

A justificativa prática para a realização do estudo, destarte, foi estabelecida a partir da visualização da insuficiência do modelo legislativo para a regulamentação exaustiva da matéria, assim como da observação das possibilidades inerentes à cláusula penal advindas da principiologia que informa o direito civil nacional.

Nesse sentido, foram analisadas pesquisas de diversos autores de direito civil acerca da cláusula penal, sendo possível identificar em cada um deles a filiação direta a uma determinada teoria que busca esclarecer a natureza e a função da cláusula penal em um determinado ordenamento jurídico.

Essa investigação foi antecedida, entretanto, por uma demarcação da matéria no tempo e no espaço, oportunidade em que se pode regressar aos primeiros passos da cláusula penal na realidade jurídica ocidental e visualizar as razões pelas quais a figura foi desenvolvida e, ainda, os motivos que ensejaram a modificação de sua principal função, possibilitando a sua manutenção no âmbito de um direito civil indiscutivelmente marcado pela influência canônica.

A rotação pela qual passou a cláusula penal nesse período demarcou o surgimento da teoria compensatória da figura, identificada na predeterminação de um valor que seria devido ao credor na hipótese de inadimplemento. Essa concepção, outrossim, acabou por antagonizar aquela que até então se conhecia, dando início a longa discussão acerca da real funcionalidade da figura.

Isto porque, enquanto os partidários da teoria compensatória da cláusula penal defendiam que a figura conformava um desiderato indenizatório, no sentido de reparar as perdas e danos decorrentes do inadimplemento, fazendo com que o patrimônio do credor fosse devidamente tutelado, os defensores da concepção sancionatória da cláusula penal sustentavam a sua deturpação, tendo em vista que em sua essência, ou seja, em sua natureza a cláusula penal seria sempre sancionatória, tendo como exclusiva função coagir o devedor ao adimplemento.

Diante desse cenário, alguns autores passaram a observar na cláusula penal uma dupla funcionalidade: ao mesmo tempo em que nela se visualizava uma natureza indenizatória, de outro lado a figura traria consigo atribuições coercitivas, cujo resultado dessa combinação resultou na teoria eclética da figura.

O conhecimento histórico acerca da controvérsia estabelecida entre unitaristas (defensores da natureza exclusivamente indenizatória ou sancionatória da cláusula penal) e ecléticos (apoiadores da concepção bifuncional da cláusula penal, definindo-a como um mix de sanção e indenização) se revelou importante quando foi posto sob análise a realidade brasileira.

Naquela oportunidade, verificou-se que no Brasil a doutrina majoritária acabou consagrando a função eclética da cláusula penal como sua autêntica função, correlacionado a arquitetura histórica da figura com as limitações previstas em lei para atestar, a um só tempo, a bifuncionalidade da cláusula penal no Brasil.

Tendo sido analisada essa perspectiva, a investigação cotejou como essa apreensão passou a espraizar efeitos pelas decisões judiciais, oportunidade em que foram analisadas algumas decisões que analisaram a matéria. As conclusões que se extraíram da análise indicam duas especificidades: (1) assim como a doutrina, a grande maioria das judiciais se atentam a analisar a cláusula penal a partir e em razão do modelo legislado, pouco – ou nada – falando acerca do programa contratual estabelecido pelas partes; (2) imprecisões técnicas acerca da matéria são visualizadas sem maiores dificuldades, de maneira que se torna perigoso, diante das limitações de interposição de recursos aos Tribunais Superiores, os efeitos que advirão desse equívoco material, sendo importante a análise arguta da matéria não apenas pelos Tribunais, mas pela parte interessas no processo.

A verificação da matéria junto aos Tribunais Superiores ainda serviu como fundamento para a correlação entre a cláusula penal e a teoria do inadimplemento, oportunidade em que o estudo analisou os requisitos, modalidades e efeitos advindos do descumprimento contratual para indicar as consequências diretas sobre a cláusula penal.

Nessa etapa, são estabelecidos os argumentos que sustentam a necessidade de superação das teorias eclética e unitária da cláusula penal

mediante o fortalecimento da interpretação funcional da cláusula penal, ou seja, a superação da concepção tradicional pelo efeito estabelecido pelas partes no âmbito do programa contratual.

O propósito do capítulo, ademais, não foi estabelecido no sentido de mitigar as interpretações da cláusula penal enquanto pena ou enquanto indenização. A investigação, ademais, permitiu concluir que a cláusula penal assumirá a feição e informará a consequência desejada pelas partes, tendo a figura sua interpretação a partir do contrato e em sua razão.

Nesse sentido, o novo modo de analisar a cláusula penal faz com que haja um deslocamento na identificação do instituto da lei par ao contrato, não sendo a cláusula penal aquilo que os autores interpretam a partir da lei o que ela seja, mas sendo a cláusula penal aquilo o que as partes previram, limitada, entretanto, considerando as normas cogentes acerca do assunto.

Dito de outra maneira, será a partir da leitura contratual que se poderá concluir acerca dos limites e das possibilidades da cláusula penal contida em um determinado negócio jurídico, atendendo-se, de uma só vez, duas importantes premissas: (1) respeitar autonomia privada das partes, conservando o programa contratual por elas estabelecidos e readequando quantitativamente a cláusula penal na ocorrência de excesso; (2) franquear às partes a utilização da melhor espécie de cláusula penal para o auxílio ao adimplemento da prestação objeto do vínculo obrigacional estabelecido entre as partes.

Assim, analisando a proposta de reinterpretação da natureza e função da cláusula penal contida na pesquisa de António Pinto Monteiro, a pesquisa considerou haver oportunidade para que no Brasil sejam observadas cláusulas penais de natureza e função estritamente indenizatórias, como cláusulas penais cujo objetivo seja somente o de compelir o devedor ao adimplemento.

Nada obstante, também foi analisada a possibilidade de constituição de uma outra modalidade de cláusula penal, erigida a partir do inadimplemento e com o conteúdo de substituir a prestação principal. Desta maneira, como a investigação conseguiu concluir, não haveria no sistema codificado atual uma proibição expressa a esse modelo, estando a determinação de uma nova prestação a ser adimplida

pela outra parte no espaço de autorregulamentação franqueado pelo ordenamento às partes, de maneira que quanto ao tempo deveriam ser apenas consideradas as limitações aplicáveis a toda e qualquer espécie de cláusula penal, a saber: (1) possibilidade redução judicial; (ii) limitação do valor da pena adstrito ao valor da obrigação principal; (iii) cláusula penal como o mínimo da indenização devida a partir da verificação do inadimplemento.

Nesse sentido, buscando ressaltar esse novo cenário, no qual a cláusula penal é interpretada não a partir e em razão da lei, mas a partir e relação ao contrato (considerando, ademais, as limitações da lei), a investigação destacou as obras dos autores Otavio Luiz Rodrigues Junior e Nelson Rosenvald como bons exemplos dessa nova metodologia, justificando, portanto, a possibilidade do deslocamento da análise da figura jurídica da lei para o contrato.

Cumprir destacar, ademais, que em que pese os fundamentos defendidos por Otavio Luiz Rodrigues Junior se pretendam totalizantes, à medida em que não reconhece outra possibilidade de cláusula penal no Brasil em virtude das limitações operada pela lei, a identificação da cláusula penal pela análise do contrato é bem delimitada pelo autor, que apenas diverge em relação aos efeitos dessa delimitação, pois, ainda que tenha havido a intenção de estabelecer uma pena cominatória, o estado d'arte da matéria na legislação brasileira impediria esse objetivo.

Nesse sentido, a construção da matéria na pesquisa de Nelson Rosenvald se coaduna com a compreensão identificada pela investigação levada a efeito acerca dos limites e possibilidades da cláusula penal no Brasil a partir do reconhecimento das limitações, mas, entretanto, fundada na visualização da autonomia privada e na inexistência de vedação ao estabelecimento de uma cominação que seja desenvolvida nos limites da moldura que informa a figura.

A opinião defendida por Nelson Rosenvald é cancelada pela investigação que fora estabelecida pela presente pesquisa, de maneira com que se pode dizer que há hoje, no Brasil, espaço para interpretação da cláusula penal a partir do programa contratual estabelecido entre as partes, de maneira a superar a visão maniqueísta da cláusula penal, segregada pela sua função sancionatória na hipótese de incumprimento relativo e indenizatória como desdobramento do descumprimento absoluto.

Essa nova forma de se interpretar a cláusula penal faz com que a sua função indique o seu efeito, da maneira que o inadimplemento absoluto poderá informar a incidência de uma cláusula penal compensatória, como também poder ensejar a aplicação de uma cláusula penal exclusivamente sancionatória ou, ainda, fazer surgir o dever de adimplir um outra prestação, que estará sujeita à vontade do credor em pleitear a multa ou requerer a execução em espécie inadimplida.

As possibilidades são bastantes e a análise funcional da figura, baseada doravante na identificação dos objetivos estabelecidos no programa contratual dotará os negócios jurídicos de maior certeza e previsibilidade, fazendo com que a cláusula penal seja objeto de auxílio à preservação da legítima expectativa advinda do estabelecimento da relação jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos contratos por descumprimento do devedor: resolução. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2004.

ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas consequências. São Paulo: Saraiva, 1949.

AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

ASSIS, Araken de. Resolução do contrato por inadimplemento. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BEVILAQUA, Clóvis. Direito das obrigações. 5 ed. Editora Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 1940.

CASSETARI, Christiano. Multa contratual: teoria e prática da cláusula penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

CORDEIRO, António Menezes. Da boa fé no direito civil. Coimbra: Almedina, 2001.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ECO, Humberto. Como se faz uma tese. 26 ed. São Paulo: Perspectiva, 2016.

FACHIN, Luiz Edson. Direito civil: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. Novo conceito de ato e negócio jurídico: consequência práticas. Curitiba: Editora Educa PUC-PR, 1988.

FACHIN, Luiz Edson. Questões do direito civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil: à luz do novo código civil brasileiro. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FORGIONI, Paula A. Contratos empresariais: teoria geral e aplicação. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FRANÇA, R. Limongi. Teoria e prática da cláusula penal. São Paulo: Saraiva, 1988.

FURTADO, Gabriel Rocha. Mora e inadimplemento substancial. São Paulo: Atlas, 2014.

GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GOMES, Orlando. Obrigações. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HESPANHA, António Manuel. O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2009.

LÔBO, Paulo. Direito civil: obrigações. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da validade. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado: parte especial: tomo XXVI: direito das obrigações. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MONTEIRO, António Pinto. Cláusula penal e indemnização. Coimbra: Almedina, 1990.

MONTEIRO, António Pinto. Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2003.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. Cessão de posição contratual. Coimbra: Almedina, 2003.

NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Teoria geral das obrigações. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREIRA, Paula Pessoa. Legitimidade dos precedentes: universalidade das decisões do STJ. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

POTHIER, Robert Joseph. Tratado das obrigações. Campinas: Servanda, 2001.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; JUNIOR, Irineu Galeski. Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Função, natureza e modificação da cláusula penal no direito civil brasileiro. 2006. 418 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

RODRIGUES, Silvio. Direito civil: parte geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002

ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Almedina, 2009.

ROSENVALD, Nelson. A pena privada nas relações negociais. São Paulo: Lumen Juris, 2007.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Institutos fundamentais do direito civil e liberdades: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. A obrigação como processo. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SILVA, Jorge Ferreira da. A boa-fé e a violação positiva do contrato. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Jorge Ferreira da. Inadimplemento das obrigações. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, Flávio. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coord.). O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

THEODORO JUNIOR, Humberto. O contrato social e sua função. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. Contratos atípicos. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010

PARECER

A Comissão Julgadora da Dissertação apresentada pelo mestrando **Railton Costa Carvalho**, sob o título “**Cláusula Penal: natureza e função no ordenamento jurídico brasileiro**”, após arguir o candidato e ouvir suas respostas e esclarecimentos, deliberou aprová-lo por unanimidade de votos, com base nas seguintes notas atribuídas pelos Membros:


Prof. Dr. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk - 9,00 (nove inteiros)


Prof. Dr. Paulo Roberto Ribeiro Nalin - 9,00 (nove inteiros)


Prof. Dr. Frederico Eduardo Zenedin Glitz - 9,00 (nove inteiros)

Em face da aprovação, deliberou, ainda, a Comissão Julgadora, na forma regimental, opinar pela **concessão do título de Mestre em Direito ao candidato Railton Costa Carvalho**.

A Comissão Julgadora, do mesmo modo, delibera recomendar ao Colegiado do Programa a dispensa de vinte e três créditos em favor do candidato por ocasião do Doutorado.

É o parecer.

Curitiba, 15 de março de 2018.

